

Die Sicherung einer einheitlichen Rechtssprechung im Strafprozeß durch die Vorlegungsvorschriften

von
Werner Marondel

1964



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548301_0037

Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung im
Strafprozeß durch die Vorlegungsvorschriften

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Werner Marondel

1963



Referent: Prof. Dr. jur. Dr. med. h.c. Karl Engisch
Korreferent: Prof. Dr. jur. Reinhart Maurach

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Februar 1964



Vorwort

Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung der Senate des Bundesgerichtshofes soll durch die Vorlegungsvorschriften der §§ 136 ff. GVG gesichert werden.

Zur Koordinierung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte untereinander und der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte mit der des Bundesgerichtshofes dienen die Vorlegungsvorschriften der §§ 120 Abs. 3, 121 Abs. 2 GVG.

In dieser Arbeit sollen die vielfältigen Probleme, die die Vorlegungsbestimmungen aufwerfen, erörtert werden. Im Vordergrund der Betrachtung stehen die in den Jahren 1950 und 1951 in das GVG eingefügten Vorschriften für die Oberlandesgerichte. Es wird zu untersuchen sein, wieweit die in jahrzehntelanger Auseinandersetzung in Schrifttum und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu den Vorlegungsbestimmungen für das Reichsgericht noch für den Bundesgerichtshof gelten und wieweit sie sich auch auf die oberlandesgerichtlichen Vorlegungsvorschriften übertragen lassen.

Das Ziel der Arbeit ist es, festzustellen, ob die Vorlegungsbestimmungen in der geltenden Form geeignet sind, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu sichern.

Nach Fertigstellung dieser Arbeit erschien von Ernst-Walter Hanack die als Habilitationsschrift vorgelegte Monographie: "Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit." Das Werk bietet eine umfangreiche Studie über die Vorlegungspflicht und die Rechtsmittelzulässigkeit wegen Abweichung. Die Ergebnisse Hanacks wurden nachträglich noch in den Anmerkungen und in einem Fall auch im Text berücksichtigt.

Inhalt

	Seite
Vorwort	II
Literaturverzeichnis	X
Abkürzungsverzeichnis	XVIII

Grundlegung

<u>1. Abschnitt:</u> Grundfragen zur Einheitlichkeit der Rechtsprechung	1
1. Die Einheit der Rechtsordnung	1
2. Notwendigkeit einer einheitlichen Rechtsprechung	2
3. Wege zur Verwirklichung einer einheitlichen Rechtsprechung	6
<u>2. Abschnitt:</u> Die historische Entwicklung der strafprozessualen Vorlegungsvorschriften	12
I. Die Vorläufer der Vorlegungsvorschriften für den Bundesgerichtshof	12
1. Die für das Reichsgericht von 1877 bis 1935 geltenden Vorschriften	12
a) Die Entwicklung	12
b) Die Wirksamkeit: Der horror pleni	15
2. Die Reform im Jahre 1935	17
3. Die Vorlegungsvorschrift für das Deutsche Obergericht aus dem Jahre 1948	18
II. Der Weg zu den oberlandesgerichtlichen Vorlegungsvorschriften	20
1. Die Übertragung von Revisionszuständigkeiten des Reichsgerichts auf die Oberlandesgerichte	20
2. Die Entwürfe zu oberlandesgerichtlichen Vorlegungsvorschriften ab 1919	22

3. Die oberlandesgerichtlichen Vorlegungsvorschriften in der Britischen Zone	24
<u>3. Abschnitt:</u> Die geltenden Vorlegungsvorschriften	25
I. Die Vorlegungsvorschriften im Strafprozeß	25
1. Die Vorschriften für den BGH	25
2. Die Vorschriften für die Oberlandesgerichte	26
II. Vorlegungsvorschriften in anderen Verfahren	28
1. Vorlegungsvorschriften für die oberen Bundesgerichte	28
2. Vorschriften zur Beseitigung von Divergenzen zwischen verschiedenen Gerichten	29

Hauptteil

Einleitung	30
<u>1. Abschnitt:</u> Der Vorlegungsgegenstand: Die Rechtsfrage	31
I. Die Rechtsfrage als einheitlicher Gegenstand der Vorlegungsverfahren	31
II. Der Begriff der Rechtsfrage	32
III. Rechtsfrage, Tatfrage und revisible Frage	33
1. Die Bedeutung der Abgrenzung von Rechtsfrage und Tatfrage für die Revisibilität	33
2. Das Verhältnis des Begriffs der Rechtsfrage bei den Vorlegungsvorschriften zur revisiblen Frage	35
IV. Die Frage von grundsätzlicher Bedeutung in § 137 GVG	38
<u>2. Abschnitt:</u> Die Vorlegungsgründe	40
A Das Abweichen	40
I. Das Abweichen in einer Rechtsfrage	40
1. Das Übereinstimmen der Rechtsfragen	41

a) Identität der Rechtsfrage	41
b) Gleichheit der Rechtsfragen	42
2. Rechtsfrage und Rechtsnorm	45
a) Rechtsprechung des Reichsgerichts	45
b) Rechtsprechung des BGH	46
c) Behandlung der Frage in der Wissenschaft	48
d) Stellungnahme	49
II. Das Abweichen von einer Entscheidung	52
1. Funktion der Rechtsfragen in den Entscheidungen	52
a) Ratio decidendi und obiter dictum	52
b) Funktion der Rechtsfrage in der beabsichtigten Entscheidung	53
c) Funktion der Rechtsfrage in der Vor-Entscheidung	54
d) Auswirkung der Beantwortung der Rechtsfrage auf das Entscheidungsergebnis	56
2. Feststellung des Abweichens von einer Entscheidung	58
3. Stellungnahme zur Auffassung Hanacks vom Abweichen von einer Entscheidung	63
B Die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung als Vorlegungsgründe in § 137 GVG	67
1. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung	67
2. Die Fortbildung des Rechts	67
3. Bedeutung der Rechtsfrage für die Entscheidung des vorlegenden Senats	69
<u>3. Abschnitt: Die beabsichtigte Entscheidung</u>	70
I. Bedeutung der sachlichen Zuständigkeit für die Vorlegungspflicht	70
1. der Oberlandesgerichte	70
a) Die in §§ 121 Abs. 2 und 120 Abs. 3 genannten Zuständigkeiten	70
b) Ausschluß der Vorlegungspflicht	70
aa) bei Revisionen, deren Gegenstand Landesrecht ist	70
bb) im Beschwerdeverfahren	72
c) Vorlegungspflicht bei anderen Zuständigkeiten der Oberlandesgerichte?	73

2. der BGH-Senate	75
II. Bedeutung der Entscheidung im Prozeß	75
1. Muß die Entscheidung die Instanz beenden?	75
2. Einzelfälle:	79
a) Die Entscheidungen nach § 120 Abs. 1 Satz 2 GVG	79
b) Die Entscheidungen nach § 346 Abs. 2 StPO	79
c) Die Entscheidungen nach § 46 Abs. 1 StPO	80
d) Die Entscheidung nach § 206 a StPO	80
<u>4. Abschnitt:</u> Die Vor-Entscheidung	82
A Die zur Vorlegung verpflichtenden Entscheidungen	82
I. Der Kreis der zu beachtenden Entscheidungen	82
1. Die von den Oberlandesgerichten zu beachtenden Entscheidungen	82
2. Die von den BGH-Senaten zu beachtenden Entscheidungen	84
II. Die Entscheidungen a n d e r e r Spruch- körper	86
1. im oberlandesgerichtlichen Vorlegungs- verfahren	86
a) Entscheidungen eines anderen Oberlandesgerichtes	86
b) Entscheidungen des Bundesgerichtshofs	89
2. im Verfahren der BGH-Senate	89
B Möglichkeiten der Beachtung von Vor-Entscheidungen	93
I. Keine Beschränkung der Vorlegungspflicht auf veröffentlichte Entscheidungen	93
II. Das Auffinden von BGH-Entscheidungen	94
1. durch die BGH-Senate	94
2. durch die Oberlandesgerichte	95
III. Das Auffinden von OLG-Entscheidungen	96
IV. Mängel der Veröffentlichungen	96
C Wegfall der Bindungswirkung von Vor-Entscheidungen	98
I. Aufgeben der Rechtsansicht	98
1. in späteren Entscheidungen	98

2. auf "Auftrag"	10
a, innerhalb des BGH	10
b, zwischen Oberlandesgerichten	11
II. Aufhebung von Spruchkörpern	11
1. Aufhebung von BGH-Senaten	11
2. Verlessenste	11
3. Aufhebung von Oberlandesgerichten	11
III. Wiedervernehmung von Spruchkörpern	11
1. g. richterlicher Spruchkörper	11
a, im Vorlegungsverfahren der BGH-Senate	11
b, im oberlandesgerichtlichen Vorlegungsverfahren	11
aa, nicht widersprechende BGH-Entscheidungen	11
bb, nicht widersprechende OLG-Entscheidungen	11
2. von Spruchkörpern verurteilten Angekl.	11
a, höherergerichtliche Entscheidung ergreift nach niedrigergerichtlicher Entscheidung	11
b, niedrigergerichtliche Entscheidung weicht von höherergerichtlicher Entscheidung ab	11
aa, im Falle des § 321 Abs. 2 StPO	11
bb, im Falle des § 126 Abs. 3 StPO	11
cc, im Falle des § 136 StPO	11
IV. Zusammenwirken von Vorlegungsinstanz und Besetzung der Revisionsgerichte im wiederholten Rechtsmittelzug	11
1. Les Protokoll im allgemeinen	11
2. Lösung des Problems im Strafverfahren	11
V. Rechtsanwendung	11
<u>2. Abschnitt: Das Vorlegungsverfahren</u>	12
I. Einleitung des Verfahrens	12
1. Vorlegung der BGH-Senate	12
2. Vorlegung der Oberlandesgerichte	12
3. Fragen bezüglich des Vorlegungsbeschlusses	12

II. Durchführung des Verfahrens	123
1. Prüfung der Vorlegungsvoraussetzungen	123
a) Prüfungsberechtigung	123
b) Umfang der Prüfung	124
c) Fehlen der Voraussetzungen	125
d) Entfallen der Voraussetzungen	126
e) Rücknehmbarkeit des Vorlegungs- beschlusses	127
f) Einfluß zwischenzeitlicher Ent- scheidungen	129
2. Umfang der Entscheidungsbefugnis im Vorlegungsverfahren	129
a) im Verfahren der BGH-Senate	129
b) im oberlandesgerichtlichen Verfahren	130
aa) nach § 121 Abs. 2 GVG	130
bb) nach § 120 Abs. 3 GVG	131
3. Wirkung der Entscheidung über die vorgelegte Fra- ge	132
a) für den konkreten Fall	132
b) für spätere gleichartige Fälle	132
III. Das Vorlegungsverfahren als gerichtliches Verfahren	132
1. Charakter der Entscheidung im Vorle- gungsverfahren	132
2. Praktische Bedeutung des Entscheidungs- charakters	134
a) für das rechtliche Gehör	134
b) für den Ausschluß eines Richters	135
c) für die Abstimmung	136
<u>6. Abschnitt:</u> Die Verletzung der Vorlegungspflicht	137
I. Gründe für die Verletzung	137
II. Folgen der Verletzung	137
1. Wirksamkeit der Entscheidung	137

2. Angreifbarkeit der Entscheidung	137
a) Erzwingung der Vorlegung	137
b) Rechtsmittel und Wiederaufnahme	138
c) Verfassungsbeschwerde	138
aa) Verletzung des Gleichheitssatzes	138
bb) Entziehung des gesetzlichen Richters	139

Schlußbetrachtung

1. Die Wirksamkeit der Vorlegungsvorschriften in der Praxis	141
2. Reformfragen	143
3. Vorlegungspflicht und Strafrechtsreform	146

Literaturverzeichnis

- Anonymus, Der Kampf um ein geistig hochstehendes Reichsgericht, Berlin 1910
- Bartelt, Georg, Höchststrichterliche Rechtsprechung und der Satz von der Gleichheit vor dem Gesetz, Masch. Diss. Göttingen 1956
- Baur, Fritz, Der Gedanke der "Einheitlichkeit der Rechtsprechung" im geltenden Prozeßrecht, JZ 53, 326
- Becker, K., Bindung des Vorderrichters (§ 358 Abs. 1 StPO) bei Verletzung der Vorlagepflicht durch das Revisionsgericht? NJW 55, 1262
- Beling, Ernst, Rechtsfrage und revisionsinstanzliche Abstimmung im Strafprozeß, Goldt. A. 67 (1919), S. 141
- Bettermann, Karl August, Anmerkung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 1.7.1954 in DVBl. 55, 22
- Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzlichen Richter, in Bettermann - Nipperdey - Scheuner "Die Grundrechte" Bd. III/2 S. 565
Berlin 1958-1960
- Bockelmann, Paul, Richter und Gesetz, in Festschrift für Smend, S. 23 ff, Göttingen 1952
- Bötticher, Eduard, Die Gleichheit vor dem Richter, Hamburg 1954
- Buek, Wilhelm, Die Plenarentscheidungen oberster Gerichtshöfe, Diss. Rostock 1913
- Cohn, Ernst, Die bindende Kraft des Urteils nach englischem Recht, in "Die Spruchgerichte" 1949, S. 65. Beilage zum Zentraljustizblatt für die britische Zone.
- Cross, Rupert, Precedent in English Law, Oxford 1961
- Dahm, Georg, Deutsches Recht, 1951
- Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl., Berlin 1961 (Zit.: Dalcke)

- Dallinger, Wilhelm, Zur Vorlegungspflicht der Oberlandesgerichte in Strafsachen, MDR 59, 529
- David, Alfons, Das Präjudiz, Mannheim und Leipzig 1925
- Graf zu Dohna, Alexander, Die Stellung des Reichsgerichts zum neuen Strafgesetzbuch, in "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtswesen", Band V, S. 30, Berlin 1929
- Dubs, Hans, Praxisänderungen, Basel 1949
- Duske, Klaus, Die Aufgaben der Revision, Diss. Marburg 1960
- Eccius, (o.Vornamen), Die Revisionsinstanz und das Landesrecht, Gruchots Beiträge, Bd. 24 (1885) S. 20
- Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl. Stuttgart 1959 (zit.: Engisch Einführung)
- Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935 (zit.: Engisch Einheit)
- Die Idee der Konkretisierung im Recht, Heidelberg 1953 (zit.: Engisch Konkretisierung)
- Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 1943 (zit.: Engisch Log. Studien)
- Esser, Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956
- Not und Gefahren des Revisionsrechts, JZ 62, 514
- Floegel, (o.Vornamen), Die Entscheidungen der Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts, JR 1929, S. 206
- Friedlaender, Max, Verfallerscheinungen in der Zivilprozeßgebung, LZ 1927, S. 201
- Fuchs, Ernst, Der horror pleni, LZ 1927, 83
- Geier, Friedrich-Wilh., Anmerkung zur Entscheidung des BGH LM Nr. 18 zu § 121 GVG
- Geile, Paul, Das Institut der Plenarentscheidungen oberster Gerichtshöfe, Diss. Leipzig 1910

- Gelhaar, Wolfgang, Anmerkung zu Entscheidung des BGH, LM Nr. 7 zu § 93o BGB, 24.6.1958
- Gerland, Heinrich, Die Wahrung der Rechtseinheit unter dem neuen Strafgesetzbuch, Gerichtssaal 100 (1931) 97
- Die Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwicklung in England, Berlin/Wien 1910
- Germann, Oscar Adolf, Präjudizien als Rechtsquelle, Stockholm 1960
- Gerstenkorn, Hans, Die Dokumentation der oberen Bundesgerichte der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs und der Schweiz, NJW 62, 1659
- Goldschmidt, James, Zivilprozeßrecht, Berlin 1929
- Hahn, Carl, Die gesamten Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin 1883
- Hanack, Ernst-Walter, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, Hamburg/Berlin 1962
- Herlan, Wilhelm, Anmerkung zur Entscheidung des Bay ObLG vom 17.12.53, JR 54, 353
- Herminghaus, Paul, Vorlagebeschlüsse? DRiZ 58, 79
- Isay, Hermann, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929
- Jagusch, Heinrich, Zur "Treuepflicht" des fremden Nachrichtenagenten, MDR 58, 829
- Über das rechtliche Gehör im Strafverfahren, NJW 59, 265
- Weitere Fragen zum rechtlichen Gehör im Strafverfahren, NJW 62, 1645
- Anmerkung zur Entscheidung BGH LM Nr. 2 zu § 12o GVG
- Kommentierung der §§ 296 - 358 StPO in Löwe-Rosenberg,
- Jescheck, Hans-Heinrich Die Rechtsprechung des BGH, Goldt. A. 1956, 116

- Keidel, Fritz, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, 7. Aufl., München/Berlin 1959
- Kern, Eduard, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, München/Berlin 1954
- Gerichtsverfassungsrecht, 3. Aufl., München/Berlin 1959
- Kitzinger, Friedrich, Einiges über die künftigen Aufgaben des Reichsgerichts auf dem Gebiet der Strafrechtspflege, in "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben" Band V, S. 253, Berlin 1929
- Kirchner, Werner, Generell bindende Gerichtsentscheidungen, Leipzig 1932
- Kleinknecht, Theodor, Anmerkung zum Beschluß des OLG Celle vom 31.12.1957, JZ 59, 180
- Kleinknecht-Müller, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 4. Auflage Darmstadt 1958 (zit.: KM)
- Klingebiehl, Josef Hans, Die Gerichtsverfassung des Strafprozesses in ihrer Entwicklung seit 1879, Diss. Göttingen 1936
- Köhler, August, Plenarentscheidungen in Strafsachen in "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben" Band V, S. 159 Berlin 1929
- Kohlhaas, Max, Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Stuttgart vom 11.7.58 NJW 59, 397
- Larenz, Karl, Wegweiser zu richterlicher Rechtschöpfung, Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958
- Lauterjung, Friedrich, Die Einheit der Rechtsprechung innerhalb der höchsten Gerichte unter besonderer Berücksichtigung des Reichsgerichts, Breslau 1932
- Lechner, Hans, Nochmals zur bindenden Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, NJW 56, 441
- Levin (o. Vornamen), Der dritte Rechtszug, DJZ 1930, S. 27
- Problem der Gerichtsverfassung, DJZ 1931, 36

- Llewellyn, K.N., Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Leipzig 1933
- Lobe, Adolf, Einige Zweifelsfragen im Revisionsverfahren vor dem Reichsgericht, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band 20 (1927) S. 205
- Empfiehl sich eine gesetzliche Regelung der Frage, ob und ev. in welchem Umfang das Reichsgericht nach Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches an seine auf Grund des bisherigen Strafgesetzbuches erlassenen Erkenntnisse gebunden und also bei etwaiger Abweichung zur Einholung einer Plenarentscheidung verpflichtet ist?
Verhandlungen des 36. Dt. Juristentages Band I, S. 1, Berlin und Leipzig 1930
- Zur Würdigung der Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4.1.1924, DJZ 1924, 81
- Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, §§ 296-358 StPO kommentiert von Jagusch, GVG kommentiert von Schäfer; 20. Aufl. Berlin 1958 (zit.: L-R)
- Mannheim, Hermann, Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiell-rechtlicher Verstöße im Strafverfahren, Berlin 1925
- Maurach, Reinhart, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1956 (zit.: Maurach BT)
- Mayer, Hellmuth, Die bindende Kraft des Urteils nach deutschem Recht, in "Die Spruchgerichte" 1949, S. 60 Beilage zum Zentraljustizblatt für die britische Zone
- Mittermaier, Wolfgang, Anmerkung zum Urteil des 3. Strafsenats des RG vom 17.3.1927 in JW 1927, S. 2035
- Möhring, Philipp, Der Bundesgerichtshof, NJW 50, 47
- Müller, Hanswerner, Das Vorlegungsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Z ZP 66 (1953) 245
- Anhörung der Verfahrensbeteiligten bei Vorlage einer Rechtsfrage, NJW 57, 1016

- Müller, Hanswerner, Unter welchen Voraussetzungen ist jemand als Richter wegen früherer Befassung mit der Sache ausgeschlossen? NJW 61, 102
- Müller-Erbach, Rudolf, Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, Iherings Jahrbuch 61 (1912) S. 343
- Neumann, (o.Vornamen), Referat auf dem 36. Dt. Juristentag Verhandlungen des 36. Dt. Juristentages, Bd. 2, S. 147
- Die Reichsanwaltschaft, in "Fünfling Jahre Reichsgericht" von Adolf Lobe Berlin/Leipzig 1929
- Oetker, Friedrich, Anmerkung zum Urteil des RG vom 25.10.1927, JW 1928, S. 2266
- Pohle, Rudolf, Revision und neues Strafrecht, Leipzig 1930
- Anmerkung zur Entscheidung des BAG AP Nr. 1 (Divergenzrevision) vom 8.9.58 zu § 72 ArbGG
- Anmerkung zur Entscheidung des BAG vom 19.2.1959, AP Nr. 4 (Div.Rev.) zu § 72 ArbGG
- Radbruch, Gustav, Der Geist des englischen Rechts, 2. Aufl. Heidelberg 1947
- Rechtsphilosophie, 4. Auflage 1950
- Reichel, Hans, Horror pleni, Recht 1910, S. 345
- Roesener, A., Reichsgericht und horror pleni, Leipzig 1912
- Rosenberg, Werner, Die Vernichtung einheitlicher Strafrechtspflege, JW 1924, 1655
- Rümelin, Max, Die Rechtssicherheit, Tübingen 1924
- Sarstedt, Werner, Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl. Essen 1962 (zit.: Revision)
- Strafverfahren, DRiZ 60, 349
- Nochmals: Bindung des Vorderrichters trotz Verletzung der Vorlagepflicht (§ 121 Abs. 2 GVG) durch das Revisionsgericht, NJW 55, 1629

- Schalscha, Erich, Die Aushöhlung der Vorlegungspflicht nach §§ 121, 136 GVG, MDR 58, 815
- Scheuerle, Wilhelm, A., Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage, AcP 157 (1958/59) S. 1
- Schlegelberger, Franz, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 6. Aufl. Köln/Berlin 1952
- Schmidt, Adolf, Die Anfechtung gerichtlicher Entscheidungen mit der Verfassungsbeschwerde gemäß §§ 90 ff BVerfGG, Diss. Hamburg 1957
- Schmidt, Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Göttingen (zit.: Eb. Schmidt) (1953/57/60)
- Zur Auslegung des § 136 GVG, MDR 58, 816
- Scholtens, J.E., Die Rechtsprechung als Rechtsquelle, DRiZ 59, 167
- Schönke, Adolf, Die Bindung des Berufungsgerichts an das Urteil des Revisionsgerichts gemäß § 565 Abs. 2 ZPO, ZZP 58 (1934), 389
- Schramm, (o.Vornamen), Ist ein OLG zur Vorlage beim BGH nach § 121 Abs. 2 GVG verpflichtet, wenn es im Rahmen eines Strafverfahrens von einer Entscheidung eines anderen OLG abweichen will, die in einem Bußgeldverfahren ergangen ist? Deutsche Devisen-Rundschau 54, 110
- Schröder, Horst, Die Bindung an aufhebende Entscheidungen im Zivil- und Strafprozeß, Festschrift für Arthur Nikisch, S. 205 Tübingen 1958
- Anmerkung zum Beschluß des Großen Strafsenats des BGH vom 7.11.1955 (BGH 10,94), JZ 56, 333
- Schröder, Jochen, Rechtseinheit und richterliche Entscheidungsfreiheit, NJW 59, 1517
- Der tragende Rechtsgrund einer Entscheidung MDR 60, 809

- Schultzenstein, Max, Über die Einheit der Rechtsprechung, ZZP 18 (1893) S. 88
- Schwarz-Kleinnecht, Strafprozeßordnung (Kommentar), 23. Aufl. München-Berlin 1962 (zit.: Schwarz-Kl.)
- Schwinge, Erich, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., Bonn 1960
- Siegrist, Karl, Die Plenarentscheidungen des Bundesgerichts und anderer höchster Gerichte, Diss. Zürich 1949
- Silterschmidt, Wilhelm, Die deutsche Rechtseinheit, Berlin und Leipzig 1911
- Stein, Friedrich, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 3. Aufl., Tübingen, 1928
- Strauss, Walter, Die oberste Bundesgerichtsbarkeit, Heidelberg 1949
- Stree, Walter, Verfassungsbeschwerde beim Verstoß gegen die Vorlegungspflicht? NJW 59, 2053
- Wamser, Klaus, Die Revisibilität unbestimmter Begriffe, Diss. Marburg 1961
- Weber, Alfred, Die Wahrung der Rechtseinheit in Strafsachen, JW 1929, 2678
- von Weber, Hellmuth, Rechtseinheit und Rechtsprechung, Tübingen 1929
- Weismann, Jakob, Einheitliches Recht und einheitliche Rechtsprechung, ZZP 9 (1886), 163
- Werthauer, Kurt, Das Berliner Rechtsvereinheitlichungsgesetz, JR 51, 205

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz	Bundesanzeiger
BayBS	Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts 1802 - 1956
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht oder Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof oder Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BStBl.	Bundessteuerblatt
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GBO	Grundbuchordnung
GeschO	Geschäftsordnung
GG	Bonner Grundgesetz
GoldtA	Goldtdammers Archiv für Strafrecht
GS	Großer Senat
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
JMB1 Nordrh.W	Justizministerialblatt für Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MschG	Mieterschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Randn.	Randnote

RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht oder Entscheidungen des Reichs- gerichtes in Strafsachen
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RStBl.	Reichssteuerblatt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
V.	Vorlegungs...
VGS	Vereinigte Große Senate
VO	Verordnung
VRS	Verkehrsrechtssammlung
Z	Entscheidungssammlung in Zivilsachen (in Ver- bindung mit der Abkürzung für ein Gericht)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Zitierte Paragraphen ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf das Gerichtsverfassungsgesetz.

Die Bedeutung der weiter verwendeten Abkürzungen ergibt sich aus dem Literaturverzeichnis.

GRUNDLEGUNG

1. Abschnitt: Grundfragen zur Einheitlichkeit der

Rechtsprechung

1. Durch das Recht werden die Beziehungen von Menschen zu einander nach den Maßstäben der Gerechtigkeit geregelt. Die Summe des innerhalb einer Gemeinschaft geltenden Rechts wird die Rechtsordnung genannt. Diese "besteht aus Sollenssätzen, aus Sätzen, die - wenigstens ihrem letzten Gehalt nach - bestimmen, wie sich der Rechtsgenosse allgemein oder hier und jetzt verhalten soll."¹⁾ Wenn das Recht eine ordnende Funktion erfüllen soll, dann muß es in sich selbst geordnet sein, d.h. es wird gefordert und vorausgesetzt, "daß die Rechtssätze innerhalb einer Rechtsordnung einen homogenen und harmonisch zusammenhängenden Komplex von Rechtsgedanken enthalten."²⁾ Die Rechtsordnung muß also frei von Widersprüchen, muß einheitlich sein.

Engisch weist darauf hin, daß das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung zur Rechtsdogmatik in einem doppelten logischen Verhältnis steht:³⁾ Bald erscheint es als Axiom, bald als Postulat juristischer Arbeit. Als Axiom fungiert das Prinzip dort, wo die Einheit bewußt oder versteckt als vorhanden unterstellt und den juristischen Erwägungen zugrundegelegt wird (z.B. bei der Ergänzung von fehlenden oder lückenhaften Rechtsnormen aus anderen Teilen derselben Rechtsordnung). Als Postulat dagegen fungiert das Einheitsprinzip dort, wo die Einheit zunächst vermißt und erst in der juristischen Arbeit hergestellt wird.⁴⁾

1) Engisch Einheit S. 4

2) Engisch Einführung S. 65

3) Engisch Einheit S. 69

4) Engisch Einheit S. 69

Wenn man von Rechtsordnung spricht, so meint man damit üblicherweise das in den allgemeinen abstrakten Normen festgelegte Recht. Das ist in den kontinental-europäischen Rechtsordnungen hauptsächlich das Gesetzesrecht. Daneben spielt das Gewohnheitsrecht, d.h. der von der Rechtsüberzeugung getragene Brauch, der sich in allen gleichgelagerten Situationen bewährt⁵⁾, nur noch eine verhältnismäßig geringe Rolle. Die größte Bedeutung hat es in der Form der usuellen Interpretation des Gesetzesrechts durch die Gerichte, der sog. konstanten Rechtsprechung⁶⁾.

Die Einheit des Gesetzesrechtes ist weitgehend dadurch gesichert, daß der Staat das Gesetzgebungsmonopol hat. Damit ist er in der Lage, die Gesetzgebungskompetenzen abzugrenzen und aufeinander abzustimmen. Widersprüche in den Gesetzen⁷⁾ werden dadurch zwar nicht ausgeschlossen, aber sie sind doch verhältnismäßig selten.

2. Doch mit der Einheit des Gesetzesrechtes ist die Rechteinheit noch nicht gewährleistet, denn das Gesetz bestimmt das Recht nicht allein. Das Gesetz, das eine Vielzahl von Fällen regelt, ist notwendig abstrakt. Es muß daher von den Gerichten ausgelegt werden, bevor es auf den einzelnen Fall angewendet werden kann.

Bei der Rechtsanwendung entfaltet und offenbart sich durch die Begegnung mit den Lebenssachverhalten auch erst der Sinn und die Tragweite der Normen.⁸⁾ Der Bedeutungsgehalt der Rechtssatzbegriffe bestimmt sich daher weitgehend von den konkreten Richtersprüchen.⁹⁾

Diese enthalten also nicht nur die Entscheidung des Falles, sondern auch eine Deutung der objektiven Rechtsordnung, indem

5) Englisch Einführung S. 44

6) "Was sich in vielen Fällen erprobt hat, ist nun allgemein gültiger Normgehalt und also für jeden Fall gültig", Englisch Konkretisierung S. 234.

7) Vgl. dazu Englisch, Einführung S. 156 ff.

8) Englisch Konkretisierung S. 122

9) Englisch Konkretisierung S. 234. - Daher hat der amerikanische Richter Wendell Holmes nicht unrecht, wenn er sagt: Was ich Recht nenne, ist nichts als die Voraussage dessen, was die Gerichte in Wirklichkeit tun werden. (zit. b. Scholtens DRiZ 59, 167).

sie die Normen ausprägen oder bei der Ausfüllung von Lücken aus dem Geiste der Rechtsordnung sogar neues Recht schaffen. Dennoch sind die Gerichtsentscheidungen in den kontinental-europäischen Rechtsordnungen nicht - wie vielfach behauptet wird - als Rechtsquellen anzusehen.¹⁰⁾ Für die Bundesrepublik sagt Art. 97 GG ausdrücklich, daß der Richter nur dem Gesetz unterworfen ist. Die Wirkung einer Entscheidung über den Einzelfall hinaus hängt von ihrer Überzeugungskraft ab; Recht schafft sie nur für den Einzelfall. Wenn der Richter die Auffassung eines anderen - auch des höchsten Gerichts - nicht erteilt, dann braucht er sich ihr nicht anzuschließen. Eine andere Frage ist, ob sich seine abweichende Meinung im Endergebnis durchsetzen wird. Dem Gesetz darf der Richter jedoch nur dann die Gefolgschaft versagen, wenn es der Verfassung widerspricht; im übrigen ist er zu seiner Anwendung verpflichtet, auch wenn er die gesetzliche Regelung für verfehlt hält.¹¹⁾

Durch die Entwicklung der Zivilisation in den letzten hundert Jahren wurde die Bedeutung des Richterrechts immer größer, denn die Zusammenballung der Menschen und der wirtschaftliche und technische Fortschritt haben die Lebensverhältnisse immer komplizierter gemacht. Das Gesetzesrecht kann nicht mehr - will es nicht unübersichtlich werden und damit die Rechtsanwendung unsicher machen - den einzelnen Verästelungen des Lebens nachgehen, sondern muß notwendig abstrahieren, um allen Situationen gerecht zu werden (das zeigt sich besonders deutlich in den neu entstandenen modernen Rechtsgebieten, wie z.B. im Verkehrsrecht oder im Arbeitsrecht). Durch diese Gestaltung des Rechts hat der Richter eine freiere Stellung zum Gesetz erlangt; die Herrschaft von Begriff und Gesetz hat sich ge-

10) Vgl. zu diesem Problem vor allem: Esser, Grundsatz und Norm, Larenz, Wegweiser zur richterlichen Rechtsschöpfung, Germann a.a.O., Scholtens in DRiZ 59,167 und die Nachweise bei Engisch, Einführung Anm. 261.

11) vgl. über den Stand der Meinungen zum Problem der Gerichtsentscheidung als Rechtsquelle die Nachweise bei Engisch, Einführung Anm. 261; außerdem Germann, Präjudizien als Rechtsquelle, Larenz, Wegweiser zur richterlichen Rechtsschöpfung, Scholtens, Die Rechtsprechung als Rechtsquelle.

lockert, der Schwerpunkt des Rechts vom Gesetz auf dessen praktische Anwendung verschoben.¹²⁾

Durch das Vordringen des Richterrechts hat auch das Problem der Einheitlichkeit der Rechtsprechung eine erhöhte Bedeutung gewonnen.

Abweichende Gerichtsentscheidungen, die aufgrund derselben Rechtsordnung gleichgelagerte Sachverhalte widersprechend beurteilen, verletzen das Postulat von der Einheit der Rechtsordnung in ihrer praktischen Auswirkung.¹³⁾

Die Rechtseinheit ist für sich betrachtet nur ein formales Prinzip, das sich aber letztlich auf die Idee der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit gründet.

Die Gerechtigkeit, der die Rechtseinheit dienen soll, ist die austeilende Gerechtigkeit, die eine Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen zum Inhalt hat.¹⁴⁾ Wer Rechtseinheit haben will, will Gleichbehandlung. Da nach unserer Verfassung die rechtsprechende Gewalt dem Gesetz unterworfen ist, tritt der Richterspruch von vornherein in die Gleichbehandlungsebene des Gesetzes¹⁵⁾. Die Gleichbehandlung durch das Gesetz verwirklicht sich erst durch die Gleichheit der Rechtsanwendung.

Die Rechtssicherheit verlangt die Erkennbarkeit und Eindeutigkeit des Rechts und die Gewißheit seiner Verwirklichung in jedem Fall.¹⁶⁾ Der Rechtsunterworfenen braucht eine Richtschnur, nach der er sein Tun und Lassen einrichten kann. Das ist speziell im Strafrecht wichtig, weil dessen Anwendung besonders schwere Eingriffe in die Rechtsgüter des einzelnen mit sich bringt. Die Grenze zum strafbaren Tun deckt sich nicht immer mit der Grenze des sittlich Verwerflichen. Einerseits sind die Übergänge vom sittlich zu billigen zum sittlich verwerflichen Tun oft fließend und unterliegen auch Wandlungen, andererseits geht die Grenze der Strafbarkeit zuweilen über das hinaus, was nach allgemeiner Auffassung als sitten-

12) Dahm, Deutsches Recht, S. 170

13) J. Schröder, NJW 59, 1517

14) vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie S. 125 f.

15) Böttcher, Die Gleichheit vor dem Richter, S. 25

16) Pohle, Revision, S. 88

widrig gilt. Außerdem gibt es eine Anzahl von Strafbestimmungen, rein positiver Natur, die mit Rechts- und Moralgefühl nichts zu tun haben.¹⁷⁾ Daher ist für den Bürger nicht ohne weiteres erkennbar, was vom Gesetzgeber mit Strafe bedroht wird.

Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist auch für die Autorität des Rechts und der Gerichte erforderlich; fehlt sie, dann beeinträchtigt das die generalpräventive Wirkung der Strafe, verwirrt das Rechtsgefühl der Bürger und erschüttert den Glauben an das Recht.

Für die Rechtspflegeorgane bedeutet die Einheitlichkeit der Rechtsprechung eine ganz wesentliche Vereinfachung der Arbeit: Der Instanzrichter braucht nicht zwischen mehreren Möglichkeiten der Rechtsauslegung zu wählen und der Rechtsanwalt kann klar seinen Rat erteilen.

Diese Gründe sprechen alle für eine einheitliche Rechtsanwendung. Anders als die Rechtsordnung der abstrakten Normen, kann die Rechtsprechung nicht als Einheit gedacht, sondern nur gefördert werden. Doch auch die Forderung wird sich niemals verwirklichen lassen. Im wesentlichen sind es drei Faktoren, die die Einheitlichkeit der Rechtsprechung ständig gefährden.

Außer der besprochenen Tatsache, daß wegen der Abstraktheit der Rechtsquellen aus ihnen verschiedenes Recht geschöpft werden kann, ist es vor allem die Vielzahl von Richtern und Spruchkörpern, die sich ungünstig auswirkt. Wenn auch Isays Behauptung,¹⁸⁾ der Richter urteile intuitiv aus seinem Rechtsgefühl und begründe nur nachträglich die Entscheidung aus dem Gesetz, als Übertreibung abzulehnen ist¹⁹⁾, so läßt sich doch nicht leugnen, daß die Individualität des Richters an der Urteilsfindung wesentlich beteiligt ist. Die Ableitung der Rechtsfragen aus dem Gesetz erfolgt nicht nur durch zwingende logische Operationen, sondern sie erfordert vielfach die Vor-
nahme von Wertungen, in denen sich, selbst wenn sie nach objektiven Maßstäben zu erfolgen haben, die Persönlichkeit des

17) Rümelin, Rechtssicherheit, S. 41

18) in "Rechtsnorm und Entscheidung".

19) vgl. Engisch, Konkretisierung, S. 81 ff. mit Nachweisen.

Richters auswirkt.²⁰⁾ Außerdem können trotz der Schulung und Auswahl der Richter, der Beratung in Kollegien und der zur Verfügung stehenden technischen Hilfsmittel auch objektiv fehlerhafte Entscheidungen nicht ausgeschlossen werden.

Ferner wird die Einheitlichkeit der Rechtsprechung beeinträchtigt durch die ständige Veränderung der Lebensverhältnisse, den Wandel der Anschauungen, die Gewinnung verfeinerter Aspekte aufgrund neuen Fallmaterials und den Fortschritt der wissenschaftlichen Erkenntnis.²¹⁾

Von den drei genannten Faktoren, die der Einheit der Rechtsprechung entgegenwirken, wirkt am stärksten die Unsicherheit, die durch den Fortschritt bedingt ist. Der Fluß des Lebens läßt sich nicht aufhalten und das Recht kann die tatsächliche Entwicklung nicht negieren, es muß sich vielmehr an der Wirklichkeit orientieren,²²⁾ um seiner Aufgabe gerecht zu werden. Auch die Verbesserung des Rechts ist unerläßlich für seine Wirksamkeit. Daher muß diesen Gegebenheiten gegenüber die Forderung nach Voraussiehbarkeit und Sicherheit des Rechts notwendig zurücktreten; ihr kann nur dadurch entsprochen werden, daß eine möglichst rasche und für alle wirksame Anpassung an das Neue angestrebt wird.

3. Es wurden im Lauf der Rechtsgeschichte schon die verschiedensten Systeme zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung erprobt. Sie waren stets Ausprägungen von drei Grundtypen: der starren Bindung des Richters an das Gesetz, der Bindung des Richters an Präjudizien und der Errichtung eines wirksamen Rechtsmittelsystems.

Der Versuch - wie er von Justinian und während der Aufklärung unternommen wurde - alles und jedes im Gesetz abschließend zu

20) vgl. besonders für die Urteilsfindung im Strafrecht: Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, Tübingen 1926

21) vgl. dazu Dubs, Praxisänderungen, S. 138 ff.

22) Vgl. dazu Engisch, Konkretisierung S. 96

regeln, so daß dem Richter kein Spielraum bleibt und dadurch die durch seine Individualität mögliche Uneinheitlichkeit der Rechtsanwendung ausgeschlossen wird, mußte scheitern. Denn der Gesetzgeber ist niemals imstande, ein lückenloses Gesetz zu schaffen. Auch können die starren Regeln eines Gesetzes sich nicht der Dynamik des Lebens anpassen. Engisch bezeichnet daher mit Recht die Auslegungs- bzw. Kommentierungsverbote, wie sie Justinian und Friedrich der Große erlassen haben, als Denkmäler gesetzgeberischer Naivität.²³⁾

Dagegen hat sich die Bindung des Richters an Präjudizien vielfach bewährt. Im Präjudizienrecht hat der Richter eine Doppelfunktion: er erläßt prozessual ein Urteil und legt zugleich legislativ das Recht für alle gleichen Fälle fest, die später einmal zur gerichtlichen Entscheidung stehen. So entsteht - wie im anglo-amerikanischen Rechtskreis - auf Grund der Erfordernisse des Augenblicks ohne große durchgreifende Ideen, induktiv und unsystematisch ein Fallrecht. Dieses System bietet eine hohe Garantie für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung, weil das Recht konkret und die Bindung der Richter daran absolut ist, aber es hat den Nachteil großer Starrheit und starker Unübersichtlichkeit und ist in seiner Qualität stark von der Persönlichkeit der Richter abhängig.²⁴⁾

Für die kontinental-europäischen Rechtsordnungen, in denen ein systematisches Gesetzesrecht gilt, erweist sich als bestes Mittel zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung ein gut ausgebautes Rechtsmittelsystem. Dieses sichert dem Richter seine Unabhängigkeit und schaltet die Unsicherheit, die durch die Vielzahl von Richtern entsteht, dadurch aus, daß alle Ent-

²³⁾ Engisch, Einführung S. 93

²⁴⁾ Vgl. im einzelnen zum anglo-amerikanischen Präjudizienrecht: Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, Cohn, Die bindende Kraft des Urteils nach englischem Recht, Gerland, Die Einwirkung des Richters auf die Rechtswicklung in England, Llewelyn, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika.

scheidungen in der obersten Instanz vor dasselbe Gericht kommen können. Wenn jedoch einer Vielheit von **Instanzen**gerichten ein einziges Rechtsmittelendgericht gegenübersteht, muß die Zahl der Sachen, die bis in die letzte Instanz gelangen, durch die Gestaltung der Rechtsmittel notwendig beschränkt werden, weil anders die Arbeitskapazität des höchsten Gerichts nicht ausreicht. Zwar werden sich durch seine Autorität - und meist auch durch die Qualität der Entscheidungen - seine Auffassungen in der Regel schon in den unteren Instanzen durchsetzen, doch streben die Parteien meist danach, den Instanzenzug auszuschöpfen, wenn auch nur die geringste Chance besteht.

Zur Entlastung des höchsten Gerichts gibt es verschiedene Mittel. So kann der Umfang der Nachprüfbarkeit der Instanzurteile eingeschränkt werden. In Deutschland, Österreich und der Schweiz wendet man das Revisionsprinzip an, bei dem dem obersten Gericht nur die Nachprüfung des Urteils auf Fehler in der Rechtsanwendung, nicht aber auf Fehler bei der Tatsachenfeststellung gestattet ist. In den romanischen Ländern wird das Kassationsprinzip angewendet, welches darin besteht, daß vor das oberste Gericht nicht der konkrete Rechtsstreit als solcher kommt, sondern die negative Entscheidung darüber, ob die Entscheidung der Vorinstanz aufzuheben ist, weil sie gegen das Gesetz verstößt. Nur die kleinen skandinavischen Länder können sich das Berufungsprinzip leisten, bei dem das Urteil in vollem Umfang nachgeprüft wird.²⁵⁾

Bringt die Einschränkung der Nachprüfbarkeit der Instanzurteile keine Entlastung für das oberste Gericht, so muß man seine Leistungsfähigkeit steigern, indem man die Zahl der Richter erhöht und das Gericht in mehrere selbständige Abteilungen teilt. Doch läßt sich das nicht unbegrenzt fortsetzen, **Denn** ein Gericht ist ein lebender Organismus, der nur dann die Einheit bewahrt, wenn zwischen den notwendig selbständigen Glie-

25) Näheres über die einzelnen Prinzipien s. bei Schwinge und Walter Strauss a.a.O.

dern noch eine geistige Wechselwirkung und Verständigung möglich ist, Wird eine gewisse Maximalgröße überschritten, dann geht die Konzentrierung wieder verloren, das geistige Leben der einzelnen Glieder vollzieht sich auf Kosten des Ganzen, so daß das Gericht die geistige Einheit einbüßt und dadurch seiner Aufgabe nicht mehr gerecht wird.²⁶⁾

Deshalb bleiben im Prinzip nur zwei Wege, um die Arbeitslast für das oberste Gericht erträglich groß zu halten: Entweder man verleiht seinen Entscheidungen eine absolute (präjudizielle) Bindungswirkung für die Untergerichte oder man beschränkt den Kreis der Entscheidungen, die dem obersten Gericht vorgelegt werden können.

Die Bindung der Untergerichte an Präjudizien vermag zwar die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu sichern, aber sie hat den Nachteil, daß sie eine Erstarrung des Rechts begünstigt. (Das auch dann, wenn das oberste Gericht selbst nicht an seine Entscheidungen gebunden ist. Denn die Untergerichte brauchen keine Fragen vorzulegen, die bereits entschieden sind und das oberste Gericht hat daher keine Möglichkeit zur Korrektur seiner Auffassung). Außerdem ist eine Bindung an Präjudizien aus staatsrechtlicher Sicht problematisch, weil sie - wenigstens nach deutscher Anschauung - mit dem Prinzip der Gewaltenteilung schwer vereinbar ist. Daher wird dieser Weg für Deutschland im allgemeinen abgelehnt.²⁷⁾ Schränkt man die Zuständigkeit des obersten Gerichtes ein, so hat das zur Folge, daß ein Teil der Rechtsstreitigkeiten in letzter Instanz von mehreren Gerichten entschieden wird.

Dadurch wird die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gefährdet, da diese Gerichte untereinander und vom obersten Gericht abweichen können. Wenn dieses aus mehreren selbständigen Abteilungen

26) Vgl. Anonymus "Der Kampf um ein geistig hochstehendes Reichsgericht" S. 5.

27) Doch ist er schon erwogen worden, vgl. z.B. Blomeyer, Gerland und Zeiler DJZ 36 (1931), 1348 und die Nachweise bei Kirchner a.a.O.

besteht, ist obendrein noch die Möglichkeit gegeben, daß sich bei ihm divergierende Auffassungen bilden.

Will man nicht warten, bis strittige Fragen vom obersten Gericht so überzeugend entschieden werden, daß alle Gerichte seine Auffassung übernehmen, dann muß man alle Rechtsmittelendgerichte an die Vor-Entscheidungen²⁸⁾ der gleichgeordneten Gerichte und des höchsten Gerichts und die einzelnen Abteilungen des obersten Gerichtes an die Vor-Entscheidungen der anderen Abteilungen binden. Diese Bindung braucht nicht absolut zu sein. Es genügt eine relative Bindung, bei der ein Abweichen zwar möglich ist, aber dazu führt, daß die Entscheidung über die divergierenden Auffassungen einem besonderen Spruchkörper übertragen wird.

Diese Bindung beeinträchtigt zwar die richterliche Entscheidungsfreiheit, aber sie ist im Interesse der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit unerläßlich. Wie lange sich Divergenzen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung halten, wenn kein Zwang zu ihrer Beseitigung besteht, ist aus der Praxis hinlänglich bekannt.²⁹⁾

Der häufig gebrachte Einwand, daß die Bindung den Untergerichten den Ansporn nimmt, nach eigenen Lösungen zu suchen, zu einem gedankenlosen Leitsatzkult führt und damit zu einem Absinken des Niveaus der Rechtsprechung, ist nicht zwingend. Jedenfalls sind diese Erscheinungen keine notwendige Folge der relativen Bindung, denn diese ermöglicht es jedem Gericht, seine Meinung zu vertreten und bei entsprechender Überzeugungskraft der Argumente auch beim abschließend entscheidenden Spruchkörper durchzusetzen. Damit wird bei der relativen Bindung - anders als bei der absoluten - die Elastizität und Anpassungsfähigkeit des Rechts nicht beeinträchtigt.

28) Den Begriff "Präjudiz" sollte man im Zusammenhang mit der relativen Bindung nicht verwenden; es sollte vielmehr, um nicht verwässert zu werden, den Entscheidungen vorbehalten bleiben, die gleichzeitig eine Norm für künftige gleichartige Fälle setzen. - Soweit eine Entscheidung auf Grund der relativen Bindung zu beachten ist, wird sie daher in dieser Arbeit als "Vor-Entscheidung" bezeichnet.

29) Die Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte - insbesondere die des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts - bietet dafür genügend Beispiele; vgl. die Zusammenstellung von Hanack S. 395 f.

Zur Herbeiführung der bei einer nur relativen Bindung nötig werdenden Entscheidung eines weiteren Spruchkörpers ist ein besonderes Verfahren erforderlich.

Zur Bereinigung interner Divergenzen bei einem Gericht hat sich überall³⁰⁾ das Vorlegungsverfahren als geeignetes Mittel erwiesen³¹⁾. Dieses unterscheidet sich vom Rechtsmittelverfahren grundlegend dadurch, daß es nicht der Initiative der Parteien überlassen ist, sondern vom Gericht selbst ohne Einfluß der Parteien - und daher auch ohne Kosten für sie - eingeleitet und durchgeführt wird. - Für seine Ausgestaltung im einzelnen gibt es viele Möglichkeiten.

Die Beseitigung von Divergenzen zwischen verschiedenen oberen Gerichten und dem obersten Gericht kann auf verschiedene Weise erfolgen. Hat man zur Entlastung des obersten Gerichts den Rechtsmittelzug verkürzt, dann kann man beim Vorliegen einer Divergenz den Parteien das Rechtsmittel wieder einräumen, das zum obersten Gericht führt. Wurde dagegen der Instanzenzug um eine Stufe nach unten verschoben, dann bietet sich das Vorlegungsverfahren auch hier als Mittel zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung an. Dieses kann entweder so ausgestaltet sein, daß das Gesetz die Entscheidung über das Rechtsmittel auf das oberste Gericht verlagert, oder daß es ihm nur die Entscheidung der strittigen Frage überträgt.

Im deutschen Strafprozeß bestehen zur Zeit folgende Mittel zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung:

Den Parteien stehen je nach der Art des Delikts oder der Schwere der zu erwartenden Strafe in der Regel zwei oder drei

30) Vgl. für die oberen Bundesgerichte unten S. 27 und für die obersten Gerichte anderer Länder die Zusammenstellung bei Lauterjung S. 22 ff.

31) Es heißt nicht "Vorlageverfahren", denn das Substantiv zu vorlegen heißt Vorlegung; vgl. Herminghausen DRiZ 58, 79

Instanzen zu Gebote; in politischen Strafsachen ist nur eine einzige Instanz gegeben. Um den Bundesgerichtshof nicht zu überlasten, wurde für die meisten Strafsachen der Instanzenzug um eine Stufe nach unten versetzt, so daß die Oberlandesgerichte in letzter Instanz entscheiden. Über dem Rechtsmittelsystem besteht ein zweistufiges Vorlegungssystem, das zum einen die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte mit der der anderen Oberlandesgerichte und des Bundesgerichtshofs, zum anderen die Rechtsprechung der einzelnen Senate des Bundesgerichtshofs untereinander koordiniert.

2. Abschnitt: Die historische Entwicklung der strafprozessualen Vorlegungsvorschriften

I. Die Vorläufer der Vorlegungsvorschriften für die BGH-Senate

1 a) Für das Reichsgericht, bei dessen Gründung bereits mehrere Zivil- und Strafsenate vorgesehen waren, bestimmte zunächst § 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 27.1.1877¹⁾ in der unverändert angenommenen Fassung des Entwurfs (§ 108):

"I. Will ein Zivilsenat in einer Rechtsfrage von einer früheren Entscheidung eines anderen Zivilsenats oder der vereinigten Zivilsenate abweichen, so hat derselbe die Verhandlung und Entscheidung der Sache vor die vereinigten Zivilsenate zu verweisen.

II. Die Verweisung erfolgt an die vereinigten Strafsenate, wenn ein Strafsenat in einer Rechtsfrage von einer früheren Entscheidung eines anderen Strafsenats oder der vereinigten Strafsenate abweichen will."

Die wichtigsten Vorbilder dieser Vorschrift bildeten die "Allerhöchste Kabinettsorder wegen Erhaltung der Einheit der Rechtsgrundsätze in den richterlichen Entscheidungen" vom 1.8.1836, die zur Verhinderung von Divergenzen beim preußischen Geheimen Ober-Tribunal ergangen war und § 9 des "Bundesgesetzes betreffend die Errichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen" vom 12.6.1869, der die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichtes vereinheitlichen sollte.²⁾

1) RGBI. S. 41 ff.

2) Über Einzelheiten der Entwicklung bis zum GVG vgl. Lauterjung S. 14 f. Jetzt auch ausführlich Hanack, S. 18 ff.

In den Motiven des Entwurfes des GVG heißt es über den Zweck des § 137:

"Da die Errichtung eines einzigen höchsten Gerichtshofes wesentlich auf dem Erfordernis beruht, die Einheit der Rechtsprechung zu sichern, so muß der Gesetzgeber zu verhüten versuchen, daß infolge der aus geschäftlichen Rücksichten notwendigen Bildung mehrerer Senate eines solchen Gerichtshofs Ungleichheiten in der Auffassung von Rechtssätzen entstehen. Widersprüche in den Urteilen der verschiedenen Senate schädigen nicht nur das Ansehen desselben sowie die Interessen der Parteien, sondern stören auch die einheitliche Entwicklung des Rechts. Die Gefahr solcher Widersprüche wird umso größer sein, je größer die Anzahl der einzelnen Senate des Gerichtshofes ist. Da beim Reichsgericht eine größere Zahl von Straf- und Zivilsenaten vorgesehen ist, ist es um so nötiger, daß ein Mittel da ist, das widersprechende Entscheidungen der verschiedenen Senate verhütet und durch das die sich bekämpfenden Ansichten zum Ausgleich gebracht werden." ³⁾

Die Vorschrift erwies sich bald in zwei Punkten als unzureichend: sie bot keine Möglichkeit, die Rechtsprechung der Zivil- und Strafsenate zu koordinieren und die Verhandlung und Entscheidung der ganzen Sache vor den vereinigten Senaten befriedigte nicht. Das Gesetz betr. Abänderung des § 137 GVG vom 17.3.1886 ⁴⁾ brachte die notwendige Abhilfe.

Hiernach lautete der § 137:

- "I. Will in einer Rechtsfrage ein Zivilsenat von der Entscheidung eines anderen Zivilsenates oder der vereinigten Zivilsenate, oder ein Strafsenat von der Entscheidung eines anderen Strafsenats oder der vereinigten Strafsenate abweichen, so ist über die streitige Rechtsfrage im ersteren Falle eine Entscheidung der vereinigten Zivilsenate, im letzteren Falle eine solche der vereinigten Strafsenate einzuholen.
- II. Einer Entscheidung der Rechtsfrage durch das Plenum bedarf es, wenn ein Zivilsenat von der Entscheidung eines Strafsenats oder der vereinigten Strafsenate, oder ein Strafsenat von der Entscheidung eines Zivilsenates oder der vereinigten Zivilsenate oder ein Senat von der früher eingeholten Entscheidung des Plenums abweichen will.

3) Hahn, Materialien Band I, S. 138 ff.

4) RGBl 1886, S. 61.

III. Die Entscheidung der Rechtsfrage durch die vereinigten Senate oder das Plenum ist in der zu entscheidenden Sache bindend. Sie erfolgt in allen Fällen ohne vorgängige mündliche Verhandlung."

In Abs. 4 der Bestimmung wurde vorgeschrieben, daß in Strafsachen und in einigen anderen Angelegenheiten der Oberreichsanwalt mit seinen Anträgen zu hören sei. Ergänzend trat § 138 hinzu, der besagte, daß zur Fassung von Gesamtentscheidungen zwei Drittel der Richter der beteiligten Senate oder des Plenums erforderlich seien.

Für den Umstand, daß der Gesetzgeber die Entscheidung des Plenums nur auf die streitige Rechtsfrage ohne mündliche Verhandlung beschränkte, waren nicht wenig, wie die Motive besagen, die Äußerungen des Reichsgerichts selbst, das man zur Abgabe eines Gutachtens über diesen Punkt ersucht hatte, bestimmend. In seiner Begründung ging dieses Gutachten ⁵⁾ davon aus, daß ein so gewaltiger Apparat wie das Plenum zur Entscheidung über die ganze Sache nicht geeignet sei. Die Beratung von Streitfragen würde innerhalb eines so gewaltigen Kollegiums ungemein erschwert und es stehe zu befürchten, daß bei der Verhandlung über die ganze Sache Rechtsfragen gelöst werden müßten, hinsichtlich deren eine Meinungsverschiedenheit und aus diesem Grunde eine Veranlassung zu einem Ausspruch des Plenums gar nicht vorliege. Diese Nachteile hätten sich schon bei den vereinigten Senaten gezeigt.

Über den Charakter der Entscheidung der großen Spruchkörper sagt das Gutachten, daß diese, die doch lediglich einen Rechtssatz als solchen ohne Anwendung desselben auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis feststelle, kein Akt der Rechtsprechung sei.

5) Das Gutachten wird in der Begründung des Entwurfes - abgedruckt in ZZP Bd. 9 (1886), 542 ff - zitiert.

Vielmehr sei die Plenarentscheidung, wenn auch ein Rechtsstreit die Veranlassung zur Entscheidung der Rechtsfrage abgebe, ihrer Natur nach die autoritative Äußerung einer Rechtsauffassung und darin nicht verschieden von einem Gutachten, das die an einem Rechtsverhältnis Beteiligten von einer Autorität in der Absicht einholten, sich derselben zu unterwerfen.

b) Diese Regelung des § 137 galt von 1886 bis 1935. Sie erfuhr nur in soweit eine Änderung, als sie durch die Bekanntmachung vom 22.3.1924 ⁶⁾ die Bezeichnung § 136 erhielt. Die mit dem § 137 bzw. § 136 geschaffene Einrichtung schien geeignet, Divergenzen innerhalb der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu verhüten, ja unmöglich zu machen. In der Praxis ergab sich jedoch bald, daß dies nicht der Fall war. Die Anrufung der großen Spruchkörper erfreute sich einer zunehmenden Unbeliebtheit beim Reichsgericht. Das läßt sich schon aus der Häufigkeit der Entscheidungen nach § 136 ersehen. Das Plenum des Reichsgerichts - vom RG selbst gefordert - trat überhaupt niemals zusammen. Deshalb bürgerte es sich ein, daß man die Beschlüsse der vereinigten Senate Plenarentscheidungen nannte. ⁷⁾

Die vereinigten Strafsenate traten zwischen 1879 und 1935 insgesamt 32 mal zusammen. Die erste Entscheidung (RG 1, 439) wurde im Jahre 1880 gefällt; 1889 erging bereits die 16. Entscheidung (RG 19, 414), 1899 die 23. Entscheidung (RG 32, 263). Die 30. Entscheidung (RG 49, 127) wurde 1915, die 31. (RG 60, 257) im Jahre 1926 und die letzte (RG 68, 257) 1934 gefällt.

6) RGB1 1924, S. 209 ff.

7) Beling, Goltd.A. 67 (1919), 172, gebrauchte daher zur Bezeichnung des wirklichen Plenums den Begriff Plenissimum.

Zwischen den letzten Entscheidungen war eine Zwischenzeit von 11 und 9 Jahren. Nicht zu Unrecht stellte deshalb Mittermaier⁸⁾ fest, daß § 136 in Strafsachen obsolet geworden sei. Die Bedeutung der wenigen Entscheidungen war gleichwohl erheblich, wie die Aufstellung von Neumann⁹⁾ und die Würdigung von Floegel¹⁰⁾ beweisen. Aber es war nicht glaubhaft, daß in ca. 55 Jahren nicht mehr als 32 Konfliktsfälle aufgetreten sein sollten. Das Abnehmen der Plenarentscheidungen kann auch nicht damit begründet werden, daß die Rechtsprechung zum StGB sich langsam gefestigt hätte, denn die Umwälzung der Lebensverhältnisse nach dem 1. Weltkrieg schuf auch für das Strafrecht viele neue Probleme. Außerdem wurden strafrechtliche Nebengesetze neu erlassen, und die StPO warf auch stets neue Streitfragen auf.¹¹⁾

Der Vorwurf der Plenumsscheu wurde gegen das RG schon am Anfang des Jahrhunderts erhoben und von Roesener in "Horror pleni und Reichsgericht" im Jahre 1912 zum ersten Male eingehend anhand von zahlreichen Entscheidungen nachgewiesen. Bis zum Ende der Weimarer Republik blieb der horror pleni¹²⁾ lebhaft angegriffener Gegenstand der juristischen Literatur. Die vom RG zu § 136 aufgestellten Auslegungsgrundsätze schienen nur dem Zweck zu dienen, die Anwendung dieser Bestimmung auszuschalten. Dabei griff das Reichsgericht oft zu waghalsigen und spitzfindigen Konstruktionen und scheute sich nicht, "mitunter sogar unter brutaler Verge-
wältigung des Gesetzes"¹³⁾ den Gesamtentscheidungen aus dem Wege zu gehen. Man bezeichnete diese Technik als Plenararithmetik; Fuchs¹⁴⁾ sprach von "begriffsjuristischen Trapezkünsten" und von einem "mit den Waffen sophistischer Formaljurisprudenz geführten Geheimkrieg gegen das Gesetz."

8) Anm. zu RG JW 1927, 2033.

9) Die Reichsanwaltschaft in "Fünfzig Jahre Reichsgericht" S. 177.
10) JR 1929, 206 ff.

11) Kitzinger in RG-Praxis Band V, S. 257, sprach von "fast schon unschätzbaren Widersprüchen".

12) Nach Buek S. 70 wurde der Begriff horror pleni in den Verhandlungen des Reichstags geprägt.

13) so Stein, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts 3. Aufl. 1928, S. 90.

14) LZ 1927, 85.

Die von Reichel schon im Jahre 1910 geäußerte Kritik am Reichsgericht behielt auch für die folgenden 25 Jahre ihre Gültigkeit:

"§ 136 hat nicht nur den horror pleni erzeugt, sondern den Anschein von Konformität selbst da erweckt, wo Difformität besteht: er hat Scharfsinn, Zeit und Schreibwerk der Reichsrichter in Anspruch genommen, ohne einen Ausgleich der Grundsätze zu erreichen, und schließlich war er die Ursache für die Neigung der Rechtsprechung des RG zu einem Konservatismus¹⁵⁾, der im Interesse des Rechtsfortschritts in diesem hohen Maße wenig wünschenswert ist"¹⁶⁾.

Es waren neben Mängeln der Vorschrift wohl hauptsächlich zwei Gründe, die diese Entwicklung der Wirksamkeit des § 136 hervorgerufen haben: die starke Belastung des RG und die Umständlichkeit und Langwierigkeit des Anrufungsverfahrens. Die Überlastung des RG gab während seines ganzen Bestehens Anlaß zur Klage. Levin¹⁷⁾ bezeichnet zutreffend die Geschichte des Reichsgerichts als einen fast ununterbrochenen Leidensweg im Kampf um die Entlastung. Daß man bei dieser Situation wenig Neigung zeigte, sich die zusätzliche Last von Plenarentscheidungen aufzubürden, erscheint begreiflich¹⁸⁾, vor allem weil das Verfahren den normalen Geschäftsgang empfindlich störte.¹⁹⁾

2. Obwohl viele und verschiedenartige Vorschläge zur Änderung des § 136 gemacht worden waren, blieb der Gesetzgeber der Weimarer Republik untätig. Erst der nationalsozialistische Gesetz-

15) Köhler, S. 171, sagte im Jahre 1928, daß die Strafsenate des RG infolge des horror pleni noch immer Rechtsauffassungen verträten (Ursachenbegriff, Versuchstheorie, Teilnahmetheorie), "auf die sie der geistvolle, aber etwas einseitige Reichsgerichtsrat v. Buri vor 50 Jahren festgelegt hat."

16) Recht 1910, S. 345.

17) JW 1930, 27.

18) Silberschmidt a.a.O. S. 36 weist aber zutreffend darauf hin, daß durch jede Plenarentscheidung Streitfragen aus dem Wege geräumt werden, wodurch sich wiederum eine Verminderung der Revisionen ergeben dürfte.

19) Fuchs (LZ 1927, 84) nannte das Plenarverfahren ein veraltetes Ungetüm von Maschine, das äußerst schwerfällig arbeite und umständlich zu bedienen sei. Es sei kein Wunder, meinte er, daß jeder als Störenfried angesehen werde, der dieses Getriebe in Gang setze.

geber gestaltete durch das "Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes" vom 28. Juni 1935²⁰⁾, die Vorlegungsbestimmungen um. Als wichtigste Neuerung traten an die Stelle der vereinigten Senate je ein Großer Senat für Zivil- und Strafsachen, an die Stelle des Plenums die Vereinigten Großen Senate. Die Großen Senate wurden aus dem Präsidenten, dem Vizepräsidenten und sieben Reichsgerichtsräten gebildet, die der Reichsminister der Justiz (!) auf die Dauer von 2 Jahren ernannte. Außerdem konnten die Präsidenten oder je ein Mitglied der beteiligten Senate an den Sitzungen teilnehmen. Als weitere Neuerung wurde den Senaten die Möglichkeit gegeben, die Großen Senate auch dann anzurufen, wenn die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung es erforderte. Gleichzeitig wurde bestimmt, daß die Bindung des RG an alle vor Erlaß des Änderungsgesetzes ergangenen Entscheidungen entfalle. Daraus ist zu ersehen, daß die Neuregelung hauptsächlich dem Zwecke dienen sollte, die Rechtsprechung des RG nach der nationalsozialistischen Ideologie auszurichten.^{20a)} In der Praxis wirkte sich die Reform - wenigstens zahlenmäßig - positiv aus: Der Große Strafsenat traf in der Zeit von 1936 bis 1945 immerhin 9 Entscheidungen, wovon allerdings 4 Entscheidungen auf Grund von Vorlegungen nach § 137 ergingen. Ob die Neuregelung zu einer Überwindung des horror pleni geführt hat, läßt sich schwer sagen^{20b)}, da von den kaum zehn Jahren ihrer Geltungszeit sechs Jahre in den zweiten Weltkrieg fielen.

3. Nach dem Krieg wurde zur Erhaltung der Rechtseinheit in der Bizone das Deutsche Obergericht für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet von der amerikanischen und britischen Militärregierung errichtet²¹⁾. Der Art. VIII der Proklamation sah eine Bestimmung zur Vermeidung von Divergenzen innerhalb des Gerichts vor, die stark von anglo-amerikanischen Rechtsvorstellungen durchdrungen war. Die Bestimmung lautete:

"I. Will ein Senat des Obergerichts in einer Rechts-
frage von einer früheren Entscheidung eines anderen

20) RGBl. I, S. 844.

20a) So auch Hanack, S. 32, mit Nachweisen.

20b) So auch Hanack, S. 34.

21) Proklamation Nr. 8/ VO 127 vom 9.2.1948.

Senats oder der vereinigten Senate abweichen, so entscheiden über die Rechtsfrage die vereinigten Senate. Sie entscheiden nur über die Rechtsfrage, eine mündliche Verhandlung kann unterbleiben.

- II. Ein Senat kann in einem vor ihm anhängigen Verfahren die Entscheidung der vereinigten Senate über eine Rechtsfrage herbeiführen, die von grundsätzlicher Bedeutung für die künftige Rechtsentwicklung oder die wirtschaftliche Einheit der Vereinigten Wirtschaftsgebiete ist".

Art. IX regelte die Wirkung dieses Plenarbeschlusses:

"I. ...

- II. Nach Anhörung des Generalanwalts hat das Obergericht seine Entscheidung über eine Rechtsfrage nach Art. VI Abs. 1²²⁾ in die Urteilsformel mit aufzunehmen. Die Entscheidung ist zu veröffentlichen.

- III. Jede nach Abs. 1 oder 2 dieses Artikels veröffentlichte Entscheidung des Obergerichts bindet alle anderen deutschen Gerichte und Behörden."

Daß man hier wieder auf die Einrichtung des Plenums zurückgriff, hatte wohl seinen Grund darin, daß das ganze Gericht nur aus 10 Richtern ²³⁾ bestand.

Der Präjudiziengedanke des anglo-amerikanischen Rechtskreises zeigt sich in Art. IX. Bei Abweichung von der bindenden Entscheidung des Dt. Obergerichtes lag stets eine Verfahrensverletzung nach bizonalem Recht und ein Revisionsgrund in allen Verfahren vor. Das Dt. Obergericht selbst sollte jedoch an seine Entscheidungen nicht gebunden bleiben.

22) Die Bestimmung betrifft die Zuständigkeit des Dt. Obergerichts in Revisionen.

23) Art. II der Proklamation.

Die Senate durften sogar von der durch sie in demselben Rechtsstreit für die Untergerichte bindend entschiedenen Rechtsfrage abweichen, wenn die Sache abermals in der Revision zur Entscheidung vorgelegt wurde. Die Ungebundenheit gegenüber eigenen Entscheidungen "folgte aus der Verantwortung des Deutschen Obergerichts gegenüber der Entwicklung des bizonalen Rechts. Seine Rechtsprechung sollte über den Einzelfall hinaus richtungsweisend sein." ²⁴⁾

II. Der Weg zu den oberlandesgerichtlichen Vorlegungsvorschriften

1. Die Bestimmung des § 136 konnte nur interne Divergenzen zwischen den einzelnen Senaten des RG ausgleichen. Sie war demnach lediglich geeignet, die Einheit der Rechtsprechung auf den Gebieten zu gewährleisten, deren Streitfragen vor das RG gelangen konnten. Bei der räumlichen Ausdehnung und der Bevölkerungsdichte von Deutschland war es - und ist es auch heute - unmöglich, alle Rechtsstreitigkeiten in letzter Instanz vom höchsten Gericht entscheiden zu lassen, da dieses Gericht sonst eine Größe erhalten müßte, die dem Ziel der Vereinheitlichung der Rechtsprechung entgegenstünde. ²⁵⁾ Daher war es nötig, die Zuständigkeit des Reichsgerichts durch eine entsprechende Ausgestaltung der Gerichtsverfassung nur auf die wichtigsten Sachen zu beschränken.

Während man im Zivilprozeß die Zulässigkeit der Revision vom Streitwert des einzelnen Prozesses abhängig machte und dadurch theoretisch die Möglichkeit hatte, daß jede Rechtsfrage auf diesem Gebiet einmal vor das RG gelangt, ließ sich dieser Weg in Strafsachen nicht gehen. Man grenzte hier die Zuständigkeit der Gerichte nach der Schwere der abzuurteilenden Tat ab. ²⁶⁾

²⁴⁾ Entscheidungen des Dt. Obergerichtes, Vorbemerkung, S. 27.

²⁵⁾ Vgl. dazu oben S. 9.

²⁶⁾ Vgl. zum Folgenden: Gerland, Ger.S. 100 (1931), S. 97 ff und Josef Hans Klingebiehl "Die Gerichtsverfassung des Strafprozesses in ihrer Entwicklung seit 1879", Diss. Göttingen 1936.

In der ursprünglichen Fassung des GVG von 1877 waren in erster Instanz für die leichteren Delikte die Schöffengerichte, für die mittleren die Strafkammern und für die schweren die Schwurgerichte zuständig. Zum Reichsgericht gelangten nur die Strafkammer- und Schwurgerichtssachen. Für die Schöffengerichtssachen und für die Strafsachen nach Landesrecht waren die OLG die letzte Instanz. Allerdings konnten die leichteren Delikte durch Verbindung nach § 2 StPO zum RG kommen. Aber auch dann blieben die OLG innerhalb ihrer Zuständigkeit unabhängig von den RG-Entscheidungen. Die damit bestehende Gefahr des Auseinanderfallens der OLG-Rechtsprechung wurde in Kauf genommen, da die andere Gefahr, die Überlastung des Reichsgerichts viel gravierender erschien und daher vermeiden werden mußte. Durch die zunehmende Überlastung des RG sah sich der Gesetzgeber aber bald veranlaßt, dessen Zuständigkeit weiter einzuschränken.

Durch die lex Hagemann ²⁷⁾ vom 5.6.1905 wurde die Zuständigkeit der Schöffengerichte wesentlich vergrößert. Die zweite Bundesrats-Verordnung vom 7.10.1915 ²⁸⁾ übertrug der Staatsanwaltschaft das Recht, für Strafkammervergehen bei einer zu erwartenden Maximalstrafe die Zuständigkeit des Schöffengerichts durch Beantragung der Eröffnung des Hauptverfahrens vor diesem Gericht zu begründen. Das Gesetz zur Entlastung der Gerichte vom 11.3.1921 ²⁹⁾ hob das Erfordernis der Maximalstrafe auf und machte es damit der Staatsanwaltschaft möglich, sämtliche Vergehen vor das Schöffengericht zu bringen. Außerdem konnten sogar bestimmte Verbrechen (z.B. qualifizierter Diebstahl und qualifizierter Betrug) an die Schöffengerichte überwiesen werden.

Den Abschluß dieser Entwicklung, die zu einem Abbau der für die Erhaltung der Rechtseinheit gegebenen Garantien tendierte ³⁰⁾, brachte das Notverordnungsrecht des Jahres 1924 (lex Emminger), das unter dem dominierenden Gesichtspunkt der Kostenersparnis eine völlige Neuorganisation der dt. Straferichte vornahm.

27) RGBl. 1905 S. 533.

28) RGBl. 1915 S. 631.

29) RGBl. 1921 S. 229.

30) Gerland a.a.O. S. 101.

Es beseitigte die erstinstanzielle Zuständigkeit der Strafkammern, beschränkte die Zuständigkeit der Schwurgerichte und schuf schließlich die Möglichkeit, erstinstanzielle Sachen des Reichsgerichts an ein OLG zu übertragen. Um die Rechtseinheit nicht zu sehr zu gefährden, wurde zum Ausgleich die Revisionszuständigkeit geändert. Gegen die Berufungsurteile der Großen Strafkammer war die Revision ans RG gegeben, wenn in erster Instanz ein erweitertes Schöffengericht entschieden hatte. Ob es aber in erster Instanz zur Zuziehung eines zweiten Amtsrichters kam, hing ausschließlich von einem diesbezüglichen, das Gericht bindenden Antrag der Staatsanwaltschaft ab. Diese Möglichkeit war nur als Ausnahme gegenüber der Regel des einfach besetzten Amtsgerichts gedacht.

2. Durch diese Entwicklung wurde die Möglichkeit einer Rechtzersplitterung gefördert. Besonders die Emminger-Verordnung gefährdete die Rechtseinheit schwer.³¹⁾ Man vertraute jedoch darauf, daß sich durch die bisherige Tätigkeit des RG hinsichtlich der wichtigsten Fragen des Reichsstrafrechts eine feste einheitliche Judikatur an den deutschen Gerichten gebildet hatte. Die Abweichungen der Oberlandesgerichte untereinander und gegenüber dem Reichsgericht waren jedoch zahlreich³²⁾. Um das zu verhindern, wurde schon früh vorgeschlagen, auch in Strafsachen eine Vorlegungspflicht der Oberlandesgerichte nach dem Muster der §§ 28 Abs. 2 FGG, 79 Abs. 2 GBO einzuführen, die sich in der Praxis gut bewährt hatten. Es war durch diese V.bestimmungen weder die befürchtete Jagd nach Vorentscheidungen eingetreten, noch hatten die Gerichte der weiteren Beschwerde sich über Vor-Entscheidungen hinweggesetzt.

Nach dem ersten Weltkrieg wurde eine Reihe von Entwürfen zu einer solchen Regelung ausgearbeitet, von denen aber keiner Gesetzeskraft erlangte.

31) Zur Kritik dieser Gesetzgebung vgl. die Nachweise bei Klingebiel a.a.O. S. 72 ff; ferner Lobe DJZ 1924, S. 81, Werner Rosenberg JW 1924, 1655 ff.

32) vgl. die Zusammenstellungen von Abweichungen bei Gerland a.a.O. S. 140 Anm. 126 a und bei Pohle, "Revision und neues Strafrecht" S. 96 f.

Der "Vorläufige Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes" von 1919 brachte in seinem § 123 b den ersten konkreten Vorschlag. Die Bestimmung lautete:

- I. Will ein Oberlandesgericht bei der Entscheidung über eine Rechtsrüge in einer Strafsache von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichtes oder des Reichsgerichtes abweichen, oder hält es eine Entscheidung des Reichsgerichtes zur Klärung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zur Wahrung der Rechtseinheit für geboten, so hat es unter der Begründung seiner Auffassung die Entscheidung des Reichsgerichtes über die streitige Rechtsfrage einzuholen.
- II. Die Entschließung des Oberlandesgerichtes ist den am Strafverfahren Beteiligten und dem Verteidiger bekanntzugeben.
- III. Das Reichsgericht beschließt ohne mündliche Verhandlung. Der Oberreichsanwalt ist zuvor mit seinen schriftlichen Anträgen zu hören.
- IV. Die Entscheidung des Reichsgerichtes ist in der zu entscheidenden Sache bindend."

Nach der Emminger-Reform entstand im Jahre 1926 der "Entwurf eines Gesetzes zur Wahrung der Rechtseinheit" ³³⁾, der sich eng an § 28 Abs. 2 FGG anlehnte. Zwei weitere Vorschläge wurden im Zusammenhang mit den Reformbestrebungen für das materielle Strafrecht gemacht im "Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz" von 1929, das dann unter starken Veränderungen mit dem gleichen Titel die Reichstagsvorlage von 1930 bildete. Man nannte die Entwürfe kurz den ersten und zweiten Entwurf.

Der Art. 66 Ziff. 18 des ersten Entwurfes beschränkte die Verpflichtung auf die Fälle, in denen sich die Divergenz auf eine strafrechtliche Bestimmung bezog. Bei anderen Rechtsfragen des Reichsrechts sollten die Oberlandesgerichte nur unter der Voraussetzung zur Vorlegung verpflichtet sein, daß es sich um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung handelte und daß das RG dazu noch keine Stellung genommen hatte.

Im zweiten Entwurf wurde die Bestimmung dahin geändert, daß Vorlegungszwang bei Divergenzen in einer Rechtsfrage des Reichsstrafrechts, des Reichsstrafprozeßrechts und des Gerichtsver-

33) Drucksachen des Reichsrates 1926 Nr. 39.

fassungsrechts bestehen sollte, aber nur, wenn von einer RG-Entscheidung abgewichen wurde, die in einer von der Reichsregierung bestimmten amtlichen Sammlung aufgenommen war. Eine Vorlegungspflicht beim Abweichen von der Entscheidung eines OLG bestand danach nicht.

Die politischen Verhältnisse verhinderten, daß sowohl die materielle Strafrechtsreform als auch die Änderung des GVG durchgeführt wurden. Unter der Herrschaft des Nationalsozialismus kam auch keine Vorschrift zustande, die die Rechtsprechung der OLGs vereinheitlichte. Man erreichte jedoch durch eine Veränderung der erstinstanziellen Zuständigkeit wieder eine stärkere Konzentration der Rechtsprechung in der Revisionsinstanz beim RG.

3. Zum Vorläufer der heutigen Regelung wurden nach dem Krieg im Bereich der britischen Besatzungszone die §§ 35, 36 der "Verordnung zur Durchführung der Militärregierungsverordnung Nr. 98 über die Errichtung eines Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone vom 17.11.1947."³⁴⁾ Die Bestimmungen lauteten:

- § 35 I. Will in einer Rechtsfrage ein Strafsenat eines OLG von einer Entscheidung eines anderen Strafsenats desselben OLG oder des Strafsenats eines anderen OLG, soweit diese Entscheidungen seit dem 1.10.1945 ergangen sind, oder von einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes abweichen, so hat er die Revision unter Darlegung seiner Rechtsauffassung durch die Staatsanwaltschaft dem Obersten Gerichtshof zur Entscheidung vorzulegen.
- II. Ebenso ist zu verfahren, wenn ein OLG eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden hat und nach seiner Auffassung die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung oder die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes erfordern.
- III. Der Beschluß über die Vorlegung ist den Beteiligten bekannt zu machen.
- § 36 Hält der Oberste Gerichtshof die Vorlegung für begründet, so entscheidet er über die Revision; hält er dagegen die Vorlegung nicht für begründet, so leitet er die Akten an das OLG zur Entscheidung über die Revision zurück.

34) Verordnungsblatt für die Brit. Zone, S. 149.

3. Abschnitt: Die geltenden Vorlegungsvorschriften

I. Die Vorlegungsvorschriften im Strafprozeß

Die heute geltenden Vorschriften zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung im Strafprozeß stammen aus den Jahren 1950 und 1951.

1. Aufgrund des Art. 9 des Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. September 1950 (Rechtsvereinheitlichungsgesetz) ¹⁾ wurde das Gerichtsverfassungsgesetz neu bekanntgemacht. Die Vorschriften zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung innerhalb des Reichsgerichts aus dem Jahre 1935 hat das Rechtsvereinheitlichungsgesetz sachlich unverändert für den Bundesgerichtshof übernommen. Nur die Bezifferung der Paragraphen hat eine Änderung erfahren. Danach gelten für den BGH heute folgende Vorlegungsvorschriften:

"§ 136 I. Will in einer Rechtsfrage ein Zivilsenat von der Entscheidung eines anderen Zivilsenats oder des Großen Senats für Zivilsachen oder ein Strafsenat von der Entscheidung eines anderen Strafsenats oder des Großen Senats für Strafsachen abweichen, so entscheidet im ersten Fall der Große Senat für Zivilsachen, im zweiten Fall der Große Senat für Strafsachen.

II. Die Vereinigten Großen Senate entscheiden, wenn ein Zivilsenat von der Entscheidung eines Strafsenats oder des Großen Senats für Strafsachen, oder ein Strafsenat von der Entscheidung eines Zivilsenats oder des Großen Senats für Zivilsachen oder ein Senat von der früher eingeholten Entscheidung der Vereinigten Großen Senate abweichen will.

§ 137 Der erkennende Senat kann in einer Frage von grundsätzlicher Bedeutung die Entscheidung des großen Senats herbeiführen, wenn nach seiner Auffassung die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung es erfordert."

Anordnungen für das Vorlegungsverfahren wurden im § 138 GVG getroffen. Die Besetzung der Großen Senate und der Vereinigten Großen Senate ist wie beim Reichsgericht gestaltet, nur obliegt die Bestellung der Mitglieder dieser Spruchkörper nicht

1) BGBI. I 1950, S. 455.

mehr dem Minister der Justiz, sondern dem Präsidenten des Bundesgerichtshofes (§ 132 Abs. 2 GVG).

2. Durch das Rechtsvereinheitlichungsgesetz von 1950 wurde die seit der Jahrhundertwende angestrebte V.pflicht der Oberlandesgerichte in Strafsachen für die Bundesrepublik Wirklichkeit, soweit die Oberlandesgerichte als Revisionsgerichte zuständig sind. Doch hat der Gesetzgeber bedauerlicherweise nicht auf der Vorarbeit der in den Zwanziger Jahren gefertigten Entwürfe und auf dem Vorbild der §§ 35, 36 der Durchführungs-VO zur Britischen Militärregierungs-VO Nr. 98 aufgebaut und daraus eine klare und praktikable Lösung zu gewinnen gesucht. Er hat vielmehr eine unbestimmte und sehr lückenhafte Regelung getroffen und damit die Klärung der zahlreichen Probleme weitgehend der Rechtsprechung überlassen. Die Regelung wurde in Abs. 2 des § 121 GVG getroffen. Des besseren Verständnisses wegen sei der ganze Paragraph zitiert:

- "§ 121 I. Die Oberlandesgerichte sind in Strafsachen ferner zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel:
1. der Revision gegen
 - a) die mit der Berufung nicht anfechtbaren Urteile des Amtsrichters;
 - b) die Berufungsurteile der kleinen und großen Strafkammer;
 - c) die Urteile der großen Strafkammer und des Schwurgerichts, wenn die Revision ausschließlich auf die Verletzung einer in den Landesgesetzen enthaltenen Rechtsnorm gestützt wird;
 2. der Beschwerde gegen strafrichterliche Entscheidungen, soweit nicht die Zuständigkeit der Strafkammer oder des Bundesgerichtshofes begründet ist.
- II. Will ein Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung nach Abs. 1 Nr. 1 a oder b von einer nach dem 1. April 1950 ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes abweichen, so hat es die Sache diesem vorzulegen."

Dem BGH wurden durch das Rechtsvereinheitlichungsgesetz von 1950 folgende Sachgebiete in Strafsachen zugänglich:

1. Als Revisionsgericht (§ 135 GVG):

Die schwere Kriminalität, die in erster Instanz vor der großen Strafkammer (§§ 74, 74 a GVG) oder dem Schwur-

richt (§ 80 GVG) anhängig ist.

2. Als Gericht im ersten und letzten Rechtszug (§ 134 GVG):

Die politische Kriminalität.

3. Als entscheidendes Gericht im V.verfahren der OLG:

Die mittlere Kriminalität - Strafausspruch bis zu zwei Jahren Zuchthaus - , für die in erster Instanz die Schöfengerichte (§§ 24, 28 GVG) zuständig sind.

Die leichteren Delikte, - bei denen keine höhere Strafe als ein Jahr Gefängnis zu erwarten ist - über die in erster Instanz der Einzelrichter (§ 25 GVG) urteilt.

Die kleinen Delikte - mit Geldstrafe geahndete Übertretungen -, für die nach § 334 StPO die Ersatzrevision gegeben ist.

Ausgeschlossen von einer Überprüfung durch den BGH ließ der Gesetzgeber:

Die Beschwerdeentscheidungen der Oberlandesgerichte, die grundsätzlich nur prozessuale Fragen betreffen.

Die Verstöße gegen strafrechtliche Bestimmungen des Landesrechtes. ²⁾

Um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Landesrecht zu sichern, ist den Ländern in § 9 EGGVG ³⁾ die Möglichkeit gegeben, die zur Zuständigkeit der OLG gehörenden Entscheidungen in Strafsachen einem OLG ausschließlich zuzuweisen oder ein Oberstes Landesgericht zu errichten. Von der letzteren Möglichkeit hat bisher Bayern als einziges Land Gebrauch gemacht.

Ausgeschlossen von der Möglichkeit einer Überprüfung durch den BGH war auch die Rechtsprechung der erstinstanziellen Senate der OLG in politischen Verfahren, die gemäß § 134 a GVG nicht vor dem BGH anhängig gemacht wurden. Diese Lücke

2) Doch ist Landesrecht nicht vollkommen der Überprüfung durch den BGH entzogen, vgl. dazu unten S. 71.

3) Diese Bestimmung beruht auf Art. 1 II Nr. 82 Reichsvereinheitlichungsgesetz.

wurde durch das 1. Strafrechtsänderungsgesetz vom 30.8.1951⁴⁾ geschlossen, das dem § 120 GVG in Abs. 3 eine Vorlegungsvorschrift für die erstinstanziellen Senate der OLGs anfügte, die im wesentlichen dem § 121 Abs. 2 gleicht. Die Bestimmung lautet:

"Will ein Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung von einer nach dem 1. April 1950 ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes abweichen, so hat es die Sache diesem vorzulegen."

II. Vorlegungsvorschriften in anderen Verfahren

1. Die in § 136 ff GVG enthaltenen Vorlegungsbestimmungen sichern die Rechtseinheit für alle Rechtsgebiete der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in denen der BGH als letzte Instanz zuständig ist.

Auch für alle anderen oberen Bundesgerichte sind Vorschriften zur Sicherung der Einheitlichkeit ihrer Rechtsprechung getroffen, so

für das Bundesarbeitsgericht in § 45 ArbGG,
für den Bundesfinanzhof in § 66 Abgabenordnung,
für das Bundessozialgericht in § 41 Sozialgerichtsgesetz,
für das Bundesverwaltungsgericht in § 11 VwGO,
für den Bundesdisziplinarhof in § 42 Bundesdisziplinarordnung,
für das Bundesverfassungsgericht in § 16 BVerfGG.

Diese Bestimmungen haben alle die §§ 136 ff GVG zum Vorbild. Die Einrichtung des Plenums als Spruchkörper existiert noch beim Bundesverfassungsgericht, das aber nur über zwei Senate verfügt.⁵⁾ Für alle anderen oberen Bundesgerichte haben die entsprechenden Gesetze zur Vermeidung von Divergenzen die Einrichtung von Großen Senaten vorgesehen. Ein **V o r l e - g u n g s r e c h t** bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung kennen außer dem Bundesfinanzhof alle anderen oberen Bundesgerichte. Beim Bundesfinanzhof erübrigte es sich, da schon die V.pflicht auf grundsätzliche Rechtsfragen beschränkt ist.

Für den Ausgleich von Divergenzen zwischen den oberen Bundes-

4) BGBl. I 1951, S. 739.

5) Das Plenum des BGH hat nur noch die Aufgabe, die Geschäftsordnung des Gerichtes zu beschließen (§ 140 GVG).

gerichten sieht Art. 95 GG die Errichtung eines Obersten Bundesgerichts vor. Die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit dieser Einrichtung ist heftig umstritten. Konkrete Pläne zur Schaffung dieses Gerichts wurden noch nicht gefaßt.^{5a)}

2. Eine Anzahl von Vorschriften dienen zur Bereinigung von Divergenzen zwischen verschiedenen Gerichten, so § 46 Abs. 5 OWiG, der den § 121 Abs. 2 GVG im Bußgeldverfahren für entsprechend anwendbar erklärt.

Am ältesten und bedeutendsten sind die Vorlegungsvorschriften auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nämlich § 28 Abs. 2 FGG und die ihm entsprechenden Bestimmungen des § 79 Abs. 2 Grundbuchordnung und des § 87 Schiffsregisterverordnung. Auf diesen Gebieten sind die OLGe an sich Endinstanz und nur bei Divergenzen zwischen zwei OLGen oder einem OLG und dem BGH wird die Zuständigkeit auf den BGH verlagert. § 27 des Deutschen Auslieferungsgesetzes enthält eine Vorlegungspflicht und ein Vorlegungsrecht an den BGH in Auslieferungssachen.

Nach § 18 Abs. 4 Wehrbeschwerdeordnung kann das Truppendienstgericht den Wehrdienstsenat des BGH in Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung anrufen.

Als einzige Vorlegungsvorschrift für ein Landgericht sieht § 47 Mieterschutzgesetz für die Beschwerdestelle (das ist nach § 41 MSchG die Zivilkammer des LG) die Herbeiführung einer Vorabentscheidung über die Rechtsfrage durch das OLG vor, wenn die Beschwerdestelle von einer anderen Entscheidung abweichen will, oder wenn es sich um eine durch Rechtsentscheid noch nicht entschiedene Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt.

Aus diesem Überblick ist zu ersehen, daß die Vorlegungsvorschriften an der Krankheit ihrer Feinde, nämlich an der Uneinheitlichkeit, leiden.⁶⁾ Diese Uneinheitlichkeit hat aber ihren Hauptgrund in der uneinheitlichen Ausgestaltung der einzelnen Gerichtsverfahren. Nur wenn man eine einheitliche Verfahrensordnung für alle Verfahren als sinnvoll erkennt und einführen will, kann man an eine völlige Vereinheitlichung der Vorlegungsverfahren denken. Die gegenwärtige vielgestaltige Regelung der Vorlegungsvorschriften gibt jedenfalls Gelegenheit, Vorzüge und Nachteile der einzelnen Vorlegungsvorschriften in der Praxis kennenzulernen.

^{5a)}Vgl. jetzt Hanack, S. 392 ff, zum Stand der Meinungen und Bemühungen.

⁶⁾ So Jochen Schröder, NJW 59, 1518.

H A U P T T E I L

Einleitung

Die Vorlegungsvorschriften sind sehr knapp gehalten und daher lückenhaft. Sie bedürfen deshalb der Auslegung bzw. der Ausfüllung. Diese hat nach den üblichen juristischen Methoden zu erfolgen; das Hauptgewicht wird dabei auf der teleologischen Methode liegen: Die Vorlegungsbestimmungen sollen eine einheitliche Rechtsanwendung gewährleisten und sind daher grundsätzlich so auszulegen, daß sie diesen Zweck erfüllen. Jedoch ist stets im Auge zu behalten, daß die Vorschriften eine Einschränkung der richterlichen Entscheidungsfreiheit mit sich bringen; daher sollen sie auch nur dann Anwendung finden, wenn es die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert. Da die Bestimmungen eine ordnende Funktion haben, ist darauf zu achten, daß die Auslegungsergebnisse praktisch brauchbar sind.

Die Vorschriften sind, soweit sie eine Vorlegungs p f l i c h t zum Inhalt haben, gleich konstruiert:

Sie schreiben alle die Durchführung des Vorlegungsverfahrens für den Fall vor, daß eine beabsichtigte Entscheidung in einer Rechtsfrage von einer Vor-Entscheidung abweicht.

Diese Merkmale sollen in der Hauptsache untersucht werden.

Außerdem sind noch die wichtigsten Grundsätze des Vorlegungsverfahrens und die Folgen der Verletzung der Vorlegungspflicht zu erörtern.

Grundsätzlich sind die Vorschriften, da sie dem gleichen Zweck dienen, gleich auszulegen. Es ergeben sich jedoch Verschiedenheiten: Einmal daraus, daß die oberlandesgerichtlichen Vorlegungsvorschriften Divergenzen zwischen verschiedenen Gerichten, die §§ 136 ff. dagegen Divergenzen innerhalb eines Gerichts verhindern sollen, zum anderen daraus, daß die Vorschriften teilweise im Revisionsverfahren und teilweise im erstinstanziellen Verfahren Anwendung finden.

1. Abschnitt: Der Vorlegungsgegenstand: Die Rechtsfrage

I. Die Rechtsfrage als einheitlicher Gegenstand der Vorlegungsverfahren

Als Gegenstand des Abweichens wird in § 136 eine "Rechtsfrage" genannt. § 137 spricht von einer "Frage" von grundsätzlicher Bedeutung. Da nach § 138 Abs. 1 im V.verfahren nur über die Rechtsfrage entschieden wird, kann die "Frage" in § 137 nichts anderes als eine Rechtsfrage sein. Bei der Abfassung der §§ 120 Abs. 3 und 121 Abs. 2 hat sich der Gesetzgeber leider nicht an deren Vorbild, den § 35 Brit.Mil. VO Nr. 98 gehalten, in dem es hieß: "Will in einer Rechtsfrage ein Oberlandesgericht...", sondern er hat formuliert: "Will ein Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung..." von einer bestimmten anderen Entscheidung abweichen. Da Entscheidungen als rechtliche Bereinigungen verschiedener Lebenssachverhalte notwendig voneinander abweichen müssen, kann es sich bei der vorlegungspflichtigen Abweichung nur um Elemente der Entscheidungen handeln, die auf der rechtlichen Seite liegen. Denn die V.vorschriften dienen einer einheitlichen Anwendung des Rechts und die tatsächliche Seite der Fälle unterliegt nicht der Disposition des Gerichts. Daher kann der Gegenstand der oberlandesgerichtlichen V.verfahren auch nur eine Rechtsfrage sein.¹⁾ Dabei spielt es keine Rolle, ob das OLG als Revisionsgericht oder Tatgericht tätig wird. Denn bei § 120 Abs. 3 handelt es sich ebenfalls um eine Gewährleistungsnorm für einheitliche Rechtsanwendung²⁾ und auch § 136 macht keinen Unterschied zwischen erstinstanziellen und Revisionssenaten. Ein Blick auf die übrigen geltenden V.vorschriften³⁾ zeigt, daß auch sie alle als Gegenstand des Abweichens eine Rechtsfrage nennen. Eine Ausnahme stellen § 28 Abs. 2 FGG und die ihm nachgebildeten Vorschriften dar, die vom Abweichen "bei der Auslegung einer reichsgesetzlichen Vorschrift" sprechen. Doch besagt das nichts anderes, denn die Auslegung einer Rechtsnorm wirft nur Rechtsfragen auf.

1) so auch Eb. Schmidt, Anm. IV/1, Schwarz-Kl. Anm. 4, beide zu § 121; BGH 1, 358.

2) Jagusch in der Anm. zu BGH LM Nr. 2 zu § 120.

3) vgl. Anhang.

II. Der Begriff der Rechtsfrage

Jeder Prozeß stellt das Gericht vor zwei Aufgaben, nämlich den behaupteten Sachverhalt festzustellen und den festgestellten Sachverhalt rechtlich zu würdigen. Ersteres ist die Tatfrage, letzteres die Rechtsfrage, die quaestio iuris. Um die Rechtsfrage - etwa, ob der Angeklagte einen Diebstahl begangen hat - beantworten zu können, muß das Gericht eine Anzahl von Teilfragen beantworten; denn die juristischen Tatbestände bestehen aus einer Vielzahl von Begriffen, denen der Sachverhalt subsumiert werden muß.

So ist z.B. im Falle des Diebstahls nach § 242 StGB festzustellen, ob das Objekt der Tat eine Sache im Sinne dieser Vorschrift ist und ob diese beweglich und für den Angeklagten fremd ist; weiter muß ermittelt werden, ob der Angeklagte die Sache einem anderen weggenommen hat, ob es in der Absicht geschah, sich diese rechtswidrig zuzueignen, ob kein Rechtfertigungsgrund vorlag, ob der Angeklagte zurechnungsfähig war, vorsätzlich handelte und nicht etwa ein Entschuldigungsgrund gegeben war.

Die einzelnen Begriffe der Rechtssätze sind, da sie eine Vielzahl von Fällen erfassen sollen, mehr oder weniger abstrakt, so daß zumeist, bevor ihnen ein Sachverhalt untergeordnet werden kann⁴⁾, erst durch Auslegung ihr Inhalt und Umfang festgestellt werden muß. So wird der Begriff Wegnahme in § 242 StGB als Aufhebung fremden und Begründung neuen Gewahrsams verstanden.⁵⁾ Gewahrsam wiederum bedeutet das von einem Herrschaftswillen getragene Herrschaftsverhältnis eines Menschen über eine Sache. Unter tatsächlichem Herrschaftsverhältnis wird die räumlich-reale Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache für den Gewahrsamsinhaber verstanden⁶⁾ usw. Die Subsumtion des Falles unter jedes einzelne Tatbestandsmerkmal vollzieht sich also nicht durch einen einzigen Schluß, sondern eine "fortlaufende Kette von Subsumtionsschlüssen, die vom Sachverhalt aus betrachtet, immer weitere abstraktere oder generalisierendere Obersätze enthalten, in der anderen Richtung - von der obersten Norm be-

4) Über das logische Problem der Unterordnung von Tatsachen unter Begriffe s. Engisch Log.St. S. 23.

5) so Maurach BT S. 183.

6) so Maurach BT S. 179.

trachtet - immer enger, konkreter, spezieller werden." 7)

Rechtsfragen wirft aber nicht nur die Subsumtion des Sachverhalts unter die Rechtsnorm und die zu ihrer Vollziehung erforderliche Auslegung der Rechtssätze auf; auch bezgl. der Gerichtsverfassung und der Regelung des Verfahrens können Rechtsfragen auftauchen.

Da die Rechtsordnung ein normgewordenes Wertsystem darstellt 8), sind Rechtsfragen ihrem Wesen nach Wertungsfragen. Sie beziehen sich auf den Inhalt und Umfang von Rechtsnormen oder einzelnen Rechtsbegriffen 9).

III. Rechtsfrage, Tatfrage und reversible Frage

1. Problematisch ist nicht so sehr der Begriff der Rechtsfrage an sich, als die Abgrenzung der Rechtsfrage von der Tatfrage. Scheuerle nennt dieses Problem kurz das Trennungsproblem 10). Die Unterscheidung spielt in der Rechtsanwendung in mancher Hinsicht eine Rolle 11); die größte Bedeutung hat sie in der Lehre von der Revision gewonnen. Obwohl der deutsche Gesetzgeber bei der Frage der Revisibilität im Straf- und Zivilprozeß (§ 337 StPO, § 549 ZPO) vom Begriff der Gesetzesverletzung ausgeht 12), taucht doch in Rechtsprechung und Lehre bei der Abgrenzung der Prüfungsbefugnis in der Revisionsinstanz das Begriffspaar Rechtsfrage - Tatfrage immer wieder auf. Im Zivilprozeß entspricht es auch heute der herrschenden Meinung, daß der Umfang der Revisibilität auf den Gegensatz von Tat- und Rechtsfrage abgestellt ist 13). Dagegen zweifelt man im Strafprozeß

7) Pohle, Anm. zu BAG AP Nr. 5 (Div.Rev.) zu § 72 ArbGG.

8) Vgl. Scheuerle AcP 157 (1958/59), S. 63.

9) Logisch könnte man Rechtsfragen als durch den Prozeßstoff veranlaßte Annahmen ansehen, deren Wahrheitsentscheidung dem Gericht obliegt.

10) a.a.O., S. 2.

11) z.B. in der strafrechtlichen Irrtumslehre (Tatbestands- und Verbotsirrtum), bei der Zulässigkeit der zivilprozessualen Feststellungsklage (§ 256 ZPO), bei der Beweiserhebung (§§ 282, 293 ZPO, § 244 StPO).

12) anders z.B. Art. 81 des Schweizer Organisationsgesetzes von 1911, der die Berufung an das Bundesgericht auf Rechtsfragen beschränkt.

13) Nachweise bei Scheuerle, a.a.O., S. 4.

an der Brauchbarkeit dieser Abgrenzung und sucht nach anderen Kriterien der Revisibilität ¹⁴⁾.

Anlaß dazu gibt zweierlei: Einmal bietet die Abgrenzung von Tatsachenfeststellung und Subsumtion im Untersatz des Urteils-syllogismus oft sehr große Schwierigkeiten. ¹⁵⁾ Der andere Grund, warum der Begriff der Rechtsfrage als Kriterium der Revisibilität umstritten ist, liegt darin, daß die durch ihn gegebene Abgrenzung auch da, wo sie unproblematisch ist, der Zielsetzung der Revision-als die heute zu Recht vornehmlich die Sicherung der Rechtseinheit angesehen wird ¹⁶⁾ nicht immer gerecht wird. So gibt es einerseits Rechtsfragen, die so speziell sind, daß sie über den Rahmen des einzelnen Prozesses hinaus keine Rolle spielen. Diese Fragen des Einzelfalles - die oft fälschlich als Tatfragen bezeichnet werden ¹⁷⁾ - verdienen in den meisten Fällen keine Nachprüfung in der Revisionsinstanz, weil sie für die Rechtseinheit gleichgültig sind und ihre Nachprüfung zu einer Arbeitsüberhäufung der Revisionsgerichte führen würde. Sie gelten daher als irrevisibel ¹⁸⁾.

14) Vgl. dazu Schwinge, S. 48 ff., Eb. Schmidt, Randn. 5 bis 6 zu § 337 StPO.

15) Engisch kommt in seiner eingehenden Untersuchung des Problems (Log.St.S. 113) zu dem Ergebnis, daß zwar Tatsachenfeststellung und Subsumtion begrifflich streng geschieden sind, aber daß es dennoch Fälle gibt, wo sich beide so verschlingen, daß sie nicht mehr voneinander getrennt werden können. Scheuerle, der in seiner Arbeit über das Trennungsproblem an Engischs Untersuchung anknüpft, behauptet, Tat- und Rechtsfrage ließen sich vollständig trennen. Seine Beweisführung kann jedoch nicht alle Zweifel beseitigen (vgl. dazu Duske, S. 33 ff.). Eberhard Schmidt sagt jedenfalls nicht zu Unrecht, es entspräche heute der allgemeinen Annahme, daß zwischen Tat- und Rechtsfrage eine scharfe Grenze nicht zu ziehen sei (Eb.Schmidt, Randn. 4 zu § 337 StPO).

17) z.B. von Lauterjung S. 51; vgl. dazu auch Eb. Schmidt, Randnote 37 zu § 337 StPO.

16) Vgl. Duske, Die Aufgaben der Revision, Diss. Marburg 1960, unter ausführlicher Darstellung des Meinungsstandes (S. 41 ff.). So auch Hanack, S. 90 f.

18) Das gleiche gilt für unbedeutendere Gesetzesvorschriften, wie die bloßen Ordnungs- oder Soll-Vorschriften (z.B. §§ 57, 58 StPO) und Normen ohne Gesetzesrang, wie Polizeiverfügungen, Verwaltungsbestimmungen, Unfallverhütungsvorschriften einer Berufsgenossenschaft etc.

Andererseits gibt es Tatfragen, die für die Rechtsanwendung so wesentlich sind, daß ihre Nachprüfung in der Revisionsinstanz erforderlich erscheint. Dazu gehören vor allem das Bestehen und die Beweiskraft von Erfahrungssätzen und Verstöße gegen die Denkgesetze, aber auch geschichtlich erwiesene oder allgemein bekannte Tatsachen, die der Tatrichter nicht genügend berücksichtigt hat; ebenso urkundliche Feststellungen.

Gegen diese Festlegung der Revisibilität ist nichts einzuwenden, denn wie Engisch zutreffend sagt ¹⁹⁾, ist das Gesetz nicht gezwungen, den juristischen Unterschied auf eine logische Unterscheidung zu gründen; es kann auch nach juristisch-teleologischen Gesichtspunkten verfahren. Die Bedeutung des Gegensatzes Rechtsfrage - Tatfrage für die Revision besteht darin, daß er im großen die Grenzziehung für die Revisibilität trifft. Im einzelnen wird diese Grenze nach den Zielsetzungen der Revision verschoben. Daher ist ebensowenig jede reversible Frage eine Rechtsfrage wie jede Rechtsfrage eine reversible Frage ist. Die beiden Begriffe decken sich nicht.

2. Für den Begriff der "Rechtsfrage" bei den V.vorschriften bedeutet das, daß jedenfalls nur solche Rechtsfragen eine Vorlegung auslösen können, die zugleich reversible Fragen sind. Denn nichtreversible Fragen können nicht zur Entscheidung des Revisionsgerichtes stehen. Sollen aber die reversiblen Tatfragen im V.verfahren unbeachtlich sein? Das wird man verneinen müssen, denn die Revision und die V.vorschriften haben das Ziel, eine einheitliche Rechtsprechung zu gewährleisten. Soweit demnach Tatfragen als so bedeutend anerkannt werden, daß sie in der Revisionsinstanz nachprüfbar sind, muß für sie auch die V.pflicht gelten ²⁰⁾.

Zu fragen bleibt, ob irgendwelche andere Einschränkungen des Begriffs der Rechtsfrage in den V.vorschriften gegenüber dem Begriff der reversiblen Frage gerechtfertigt sind. Verschiedentlich wurden zwei Einschränkungen gemacht: ²¹⁾

19) Log.St. S. 114.

20) Bedeutung dürften die V.vorschriften vor allem bei den Erfahrungssätzen erlangen.

21) So vor allem Feisenberger, Kommentar zur StPO und zum GVG (1926), Anm. 1 zu § 136; der Kommentar von Löwe 19. Aufl. (1934), Anm. 4 a zu § 136 GVG und Lauterjung S. 48 ff.

a) Es müsse sich um Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung handeln, denn der Zweck und Sinn der Gesamtentscheidung, die über den einzelnen Fall hinaus eine vertretbare Natur habe und von allgemeiner Wirksamkeit sein müsse, verlange dieses.²²⁾ Dem Gesetz kann diese Interpretation nicht entnommen werden. Im Gegenteil, der Umstand, daß in § 137 eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung gefordert wird, in § 136 jedoch nur von einer Rechtsfrage und in den §§ 121 Abs. 2 und 120 Abs. 3 gar bloß von divergierenden Entscheidungen die Rede ist, läßt eher den Schluß zu, daß der Gesetzgeber soweit eine Pflicht zur Vorlegung - und nicht nur ein Recht dazu - besteht, keine Einschränkung vornehmen wollte. Das entspricht auch dem Zweck der Vorschriften, die Einheit der Revisionsrechtsprechung zu sichern. Fragen, die über den Einzelfall hinaus keine Bedeutung haben, können ohnedies nicht Gegenstand des V.verfahrens werden, da bei ihnen ein Abweichen nicht möglich ist. Sobald aber eine Frage in zwei Prozessen Bedeutung gewinnt, besteht die Möglichkeit, daß sie auch in weiteren Entscheidungen auftaucht. Ihre einheitliche Beantwortung ist daher erforderlich.

b) Weiter wird die Ansicht vertreten, daß der Begriff der Rechtsfrage nicht die Subsumtion einschließe. Denn, so argumentiert Lauterjung²³⁾, im V.verfahren solle nicht geprüft werden, ob die Rechtssätze konkret auch richtig angewandt, sondern nur, ob sie richtig aufgestellt würden.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.²⁴⁾ Unter Subsumtion ist nach Engisch²⁵⁾ die Zuordnung des Einzelfalles zum empirischen Umfang des Tatbestandsbegriffes, also die Einbeziehung des Einzelfalles in die Klasse der durch den gesetzlichen Tatbestand gemeinten und bezeichneten Fälle zu verstehen. Die Auslegung, deren Aufgabe es ist, "dem Juristen Inhalt und Umfang der Rechtsbegriffe zu vergegenwärtigen"²⁶⁾, ist logische Vor-

22) Lauterjung, S. 50.

23) Lauterjung, S. 49 unter Bezugnahme auf die Begründung des Gesetzentwurfes betreffend Abänderung des § 137 GVG von 1886 in ZZP 9 (1886), 542 ff.

24) So auch Hanack, S. 144.

25) Engisch Log.St. S. 24.

26) Engisch Einführung S. 70.

aussetzung der Subsumtion, "welche dann ihrerseits, nachdem sie vollzogen ist, ein neues Auslegungsergebnis darstellt und weiterhin als Vergleichsmaterial dienen kann" 27).

In der Rechtsanwendung bedeutet die Subsumtion die letzte Stufe der Annäherung des abstrakten Rechtsbegriffes an den konkreten, zur Entscheidung stehenden Sachverhalt. Durch die vollzogenen Subsumtionen wird der Umfang der Begriffe letztlich ausgeprägt. Würde man nur die von den Vor-Entscheidungen aufgestellten Definitionen zur Bestimmung des Inhalts und die vorgenommenen Subordinationen 28) zur Umgrenzung des Umfanges der Rechtsbegriffe als Gegenstand der Vorlegung zulassen, dann wäre die Einheit der Rechtsprechung nicht gewährleistet. Denn die so aufgelösten Begriffe ermöglichen durchaus nicht die zweifelsfreie Entscheidung, ob ein Sachverhalt der Rechtsnorm zu subsumieren ist. Das zeigen schon die Gesetzeskommentare, die ihren Umfang nicht den abstrakten Auslegungsergebnissen, sondern der Fülle der angeführten Einzelfälle verdanken. Die möglichen Lebenssachverhalte sind zu vielfältig, als daß sie sich theoretisch exakt vorausdenken ließen. So ergeben sich in der Rechtsanwendung immer wieder neue Situationen, bei denen die Anwendbarkeit der Rechtssätze zweifelhaft ist. Eine einheitliche Vollziehung der Subsumtionen ist daher zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung unerläßlich.

Als Ergebnis der Untersuchung über das Verhältnis des Begriffes der Rechtsfrage in den V.bestimmungen zum Begriff der revisiblen Frage kann daher festgestellt werden, daß sich beide Begriffe decken 29).

Da der Begriff der Revisibilität sich nur auf die Begründetheit der Revision bezieht, das Gericht aber, ehe es zur Begründetheit Stellung nehmen kann, die Zulässigkeit der Revision zu prüfen hat, ist zu fragen, ob die dabei auftauchenden Rechtsfragen auch zur Vorlegung geeignet sind. Die einheitliche Regelung der Zulässigkeit erscheint zur sinnvollen Handhabung der Revision erforderlich, deshalb ist die Frage zu bejahen.

27) Engisch Einführung S. 57.

28) d.h. nach Engisch, Log.St. S. 24, die Unterordnung von Allgemein- und Klassenbegriffen unter andere.

29) So auch J.Schröder NJW 59, 1519; jetzt auch Hanack, S.145 f.

Bei der Auslegung des Begriffes der Rechtsfrage in den V.vorschriften für die erstinstanzlichen Senate der OLGs und des BGH ist von den gleichen Grundsätzen auszugehen, wie sie eben für diesen Begriff bei Revisionsentscheidungen entwickelt worden sind. Der Gesetzgeber macht keinen Unterschied; denn § 136 gilt sowohl für Revisions- als auch für erstinstanzliche Senate, und § 120 Abs. 3 hat den gleichen Wortlaut wie § 121 Abs. 2. Da der Zweck der Vorschriften der gleiche ist, läßt sich auch aus ihm keine andere Auslegung des Begriffes rechtfertigen.

IV. Die Frage von grundsätzlicher Bedeutung in § 137

Das Vorlegungsrecht, das § 137 den BGH-Senaten gibt, beschränkt sich auf Fragen von grundsätzlicher Bedeutung. Daß unter "Fragen" Rechtsfragen zu verstehen sind, wurde bereits oben klar gestellt ³⁰⁾. Der Begriff der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung taucht außer in den dem § 137 nachgebildeten Vorschriften ³¹⁾ noch in § 64 AO, der V.vorschrift für den Bundesfinanzhof, und bei der Zulassung der zivilprozessualen Revision in § 546 Abs. 2 Satz 1 ZPO auf.

Doch ist dieser Begriff nicht in allen Fällen gleich auszulegen. Eine logische Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und grundsätzlichen Rechtsfragen gibt es nicht ³²⁾. Die Unterscheidung hat vielmehr nach dem Zweck des Rechtsinstitutes zu erfolgen. § 137 soll es ermöglichen, die Zuständigkeit der großen Spruchkörper des BGH in wichtigen Fragen auch ohne Vorliegen einer Divergenz

30) Vgl. S. 31.

31) § 43 Sozialgerichtsgesetz, § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG, § 11 Abs. 4 VwGO, § 42 Abs. 1 Bundesdisziplinarordnung, § 18 Abs. 4 Wehrbeschwerdeordnung.

32) Insoweit ist Jochen Schröder (NJW 59, 1519) rechtzugeben. Seine Folgerung, daß deshalb kein Unterschied zu machen sei, weil jeder andere Gesichtspunkt für die Einheit der Rechtsordnung auszuschneiden habe, trifft für § 137 schon deshalb nicht zu, weil diese Vorschrift nicht nur der Rechtseinheit, sondern auch der Rechtsfortbildung dienen soll. Aber auch bzgl. der Rechtseinheit stimmt die Auffassung nur, wenn man das Ideal einer einheitlichen Rechtsordnung ins Auge faßt. In der Wirklichkeit kann der Gesetzgeber sehr wohl - etwa um die Revisionsgerichte nicht zu überlasten - die Maßnahmen zur Erhaltung der Rechtseinheit auf einzelne, nach rechtspolitischen Gesichtspunkten zu bestimmende Fragenkreise beschränken.

herbeizuführen, wenn dies die Rechtseinheit oder die Fortbildung des Rechts ³³⁾ fordern.

Nach welchen Gesichtspunkten die grundsätzliche Bedeutung festzustellen ist, ist im Schrifttum strittig. Einigkeit besteht nur darüber, daß die Rechtsfrage über den einzelnen Fall hinaus bedeutend sein muß. Nach KM ³⁴⁾ kommt Fragen, deren Auswirkung sich nur auf die Auslegung einer Bestimmung beschränkt, ohne die Grundsätze des Strafverfahrens ³⁵⁾ wesentlich zu berühren, eine grundsätzliche Bedeutung nicht zu. Diese Auffassung ist zu eng, da danach die meisten Fragen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches nicht vorlegungsfähig wären ³⁶⁾. Bei der knappen Formulierung des Strafrechts und des Strafprozeßrechts kommt den Einzelbestimmungen oft eine wesentliche Bedeutung zu, so daß die Vorschrift des § 137 ihren Zweck nicht erfüllen könnte, wollte man sie im genannten Sinne auslegen. Schäfer ³⁷⁾ verlangt, daß die Rechtsfrage voraussichtlich auch künftig auftauchen wird und ihre Entscheidung von erheblicher präjudizieller Bedeutung sein müsse. Auch diese Auffassung, die nur die mutmaßliche tatsächliche Wirkung der entschiedenen Rechtsfrage berücksichtigt, befriedigt nicht. Die Grundsätzlichkeit der Frage bezieht sich auf ihren rechtlichen Gehalt, was schon daraus hervorgeht, daß einer der V.gründe die Fortbildung des Rechtes ist.

Am treffendsten erscheint daher die Auffassung Eberhard Schmidts ³⁸⁾, der sagt, "es wird darauf ankommen (oder mit ankommen), ob die Rechtsfrage von solcher Bedeutung ist, daß je

33) Über diese V.gründe wird noch Näheres auszuführen sein.

34) Anm. 2 zu § 137.

35) gemeint ist wohl auch: des materiellen Strafrechts.

36) so auch Dalcke, Anm. 1 zu § 137. Die Auslegung von KM entspricht auch nicht der Auffassung des BGH; der Große Senat für Strafsachen hat verschiedene Fragen, die nur für eine einzige Bestimmung Bedeutung haben, auf Vorlegungen nach § 137 entschieden, z.B. BGH 1, 158 (Begriff des umschlossenen Raumes in § 243 StGB), BGH 9, 385 (Begriff der Heimtücke in § 211 StGB).

37) In L-R, Anm. 2 a zu § 137; ihm folgen Dalcke, Anm. 1 und Schwarz-Kl., Anm. 1, jeweils zu § 137.

38) Eberhard Schmidt, Anm. 5 zu § 137.

nach dem, wie sie beantwortet wird, der Umkreis der vom Rechtssatz betroffenen Fälle (nullum crimen sine lege) oder der strukturelle Aufbau des Rechtssatzes oder sein den Rechtsgüterschutz betreffender Grundgedanke wesentlich betroffen werden".

In der Praxis hat die Frage von grundsätzlicher Bedeutung noch nie zu Zweifeln Anlaß gegeben. Es gibt vom BGH keine Definition des Begriffes; soweit ersichtlich hat auch bisher keiner der großen Spruchkörper eine Vorlegung zurückgewiesen, weil einer Frage keine grundsätzliche Bedeutung zukam.

2. Abschnitt: Die Vorlegungsgründe

A. Das Abweichen

Die §§ 120 Abs. 3, 121 Abs. 2 und 136 geben als Grund für die Auslösung der Vorlegungspflicht einheitlich an, daß ein Gericht von einer anderen Entscheidung abweichen will. Anders als bei der Divergenzrevision, bei der zwei Entscheidungen ergangen sind, die von einander abweichen, ist im Vorlegungsfall die abweichende Entscheidung erst gewollt. Für die Auslegung des Begriffes "Abweichen" spielt es jedoch keine Rolle, ob die Abweichung erst gewollt oder schon eingetreten ist, deshalb soll in der weiteren Untersuchung nur vom Abweichen gesprochen werden.

I. Das Abweichen in einer Rechtsfrage

Es wurde im vorigen Abschnitt festgestellt, daß bei allen V.-vorschriften der Gegenstand des Abweichens eine Rechtsfrage ist. Das bedarf der Präzisierung. Gerichtliche Entscheidungen stellen keine Rechtsfragen, sondern sie beantworten die durch den Fall aufgeworfenen Rechtsfragen und stellen damit Rechtssätze auf. Die Frage, ob eine Entscheidung von einer anderen Entscheidung in einer Rechtsfrage abweicht, kann also nur dahin gestellt werden, ob sie in der Beantwortung einer Rechtsfrage, d.h. in einem Rechtssatz, abweicht. ¹⁾

1) Das kommt auch in der Vorlegungsvorschrift für das Bundesverfassungsgericht, § 16 Abs. 1 BVerfGG, zum Ausdruck, wenn es darin heißt: "Will ein Senat in einer Rechtsfrage von der ...Rechtsauffassung abweichen...".

Um sinnvoll von einem Abweichen sprechen zu können, müssen die den Gerichten gestellten Rechtsfragen zumindest in gewisser Hinsicht übereinstimmen. Es ist im folgenden zu prüfen, in welchem Maß die Rechtsfragen, die die Gerichte in ihren Entscheidungen beantwortet haben, übereinstimmen müssen, damit bei ihrer unterschiedlichen Beantwortung von einem Abweichen gesprochen werden kann.

1. a) In Rechtsprechung und Schrifttum geht man im allgemeinen davon aus,²⁾ daß bei einem Abweichen Identität der Rechtsfrage vorliegen müsse.³⁾ Eine Begründung dafür findet sich nirgends; deshalb ist zu vermuten, daß man diese Auffassung durch grammatikalische Auslegung des § 136 gewonnen hat, indem man aus den Gesetzesworten "in einer Rechtsfrage" entnommen hat, daß es sich um ein und dieselbe Rechtsfrage handeln müsse. Diese grammatikalische Auslegung ist zwar möglich, aber nicht die allein mögliche. Das Wort "eine" kann ebenso gut nur unbestimmter Artikel sein, ohne daß damit eine Aussage über das notwendige Maß der Übereinstimmung verbunden ist.

Die grammatikalische Auslegung, die den Sinn des Gesetzes aus dem Sprachsinn zu ermitteln sucht, ist nur eine von mehreren Methoden der juristischen Auslegung. Da sie hier nicht zu einem zweifelsfreien endgültigen Ergebnis führt, soll zunächst geprüft werden, ob die mögliche Auslegung, daß Identität der Rechtsfrage die Voraussetzung für ein Abweichen ist, bei Anwendung der anderen Auslegungsmethoden - nämlich der historischen, systematischen und teleologischen Methode - als richtig bestätigt wird.⁴⁾

2) vgl. Z.B. Roesener S. 40, Graf zu Dohna RG-Praxis V S. 31, Verhandlungen des 36. Dt. Juristentags Band 2 S. 144 ff. passim, BGH MDR 53, 31.

3) Doch ist gleich anzufügen, daß ohne Unterschied ebenso von "gleichen", "gemeinsamen" und "einheitlichen" Rechtsfragen gesprochen wird. Zuweilen scheinen die Begriffe nur aus stilistischen Gründen wechselweise verwendet zu werden; z.B. wenn es in RGZ 148, 177 heißt: "...ob es sich um dieselbe Rechtsfrage handelt. Gleichheit der Rechtsfrage hat das Reichsgericht..."

4) Falsch ist es dagegen zu fragen, was Identität der Rechtsfrage hier bedeuten soll (wie das - neben vielen anderen - z.B. Weismann (ZZP 9 (1886), S. 182 Anm. 21) tut: "...je nach der Verschiedenheit der Betrachtungsweise - ihres juristischen Zwecks - erscheinen bald jene, bald diese Merkmale als die einzig wesentlichen; es ist immer zu fragen: was ist in die-

Von den genannten Auslegungsmethoden gibt die historische, die den Sinn des Gesetzes aus seiner Entstehungsgeschichte und aus dem z.Z. seines Erlasses vorhandenen Rechtszustand zu ermitteln sucht, für die Lösung des vorliegenden Problems keinen Anhaltspunkt. Denn die Gesetzesmaterialien zu allen V.bestimmungen enthalten keine Erörterungen darüber, was Voraussetzung des Abweichens ist, und aus dem Rechtszustand bei Erlass der Vorschriften lassen sich ebenso wenig Schlüsse darauf ziehen.

Das Problem läßt sich nur aus dem Zweck der V.bestimmungen - der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung - und ihrer Stellung im Gesetz lösen, also durch die teleologische und systematische Auslegung.⁵⁾

Daß identische - d.h. völlig übereinstimmende - Rechtsfragen auch übereinstimmend beantwortet werden müssen, bedarf keines weiteren Beweises. Haben z.B. zwei Gerichte über die Frage zu befinden, ob das Phosphat Plasmal als Bindemittel im Sinne der Verordnung über Wurstwaren vom 14.1.1937 anzusehen ist,⁶⁾ und das eine Gericht beantwortet die Frage mit Ja und das andere mit Nein, dann ist die Einheitlichkeit der Rechtsprechung offensichtlich gestört.

b) Damit ist aber noch nicht gesagt, daß nur bei verschiedener Beantwortung i d e n t i s c h e r Rechtsfragen die Einheit leidet.

Wie ist es z.B., wenn ein Gericht das Phosphat Plasmal als Bindemittel im Sinne der genannten Verordnung, ein anderes Gericht das Phosphat Protosol jedoch nicht als solches Bindemittel ansieht?

Oder: Ein Senat verneint die Frage, ob die Erteilung eines Führerscheins nach § 42 m StGB verboten werden könne, wenn

sem Zusammenhang unter der Identität verstanden?") Denn der Begriff Identität ist ein logischer Begriff, der dem Juristen vorgegeben ist und den man daher nicht nach juristischen Methoden auslegen kann, weil man ihn damit fast notwendig verfälscht. Klärt man dagegen nur die Bedeutung des Begriffs in der Logik - was allein richtig ist - dann berücksichtigt man die Erfordernisse des Rechts nicht. Der Begriff Identität kann daher nur Ergebnis der juristischen Auslegung, darf aber nicht ihr Gegenstand sein.

- 5) Zwischen den beiden Methoden soll kein Unterschied gemacht werden, da die systematische Auslegung im wesentlichen auch teleologische Auslegung ist; vgl. Engisch, Einführung, S. 79.
- 6) Das Beispiel entstammt der Entscheidung BGH 13,7.

dem Betreffenden die Fahrerlaubnis bereits entzogen ist. Ein anderer Senat will die Frage, ob die Erteilung eines Führerscheins nach § 42 m StGB verboten werden kann, wenn der Betreffende noch gar keine Fahrerlaubnis besitzt, bejahen.⁷⁾

Diese Rechtsfragen sind zweifellos nicht identisch. Aber es bestehen zwischen den Objekten und Vorgängen, die in ihnen enthalten sind, gewisse Übereinstimmungen:

Protosol und Plasmal sind beide Phosphate und haben beide die Eigenschaft, die Quell- und Binfähigkeit der Fleischfaser zu erhöhen, ohne selbst aufzuquellen.

Das Gemeinsame an den Fällen im zweiten Beispiel ist, daß der Angeklagte beim Abschluß des Prozesses keine Fahrerlaubnis besaß.

Erfordert das Übereinstimmende an diesen Fragen, daß sie nicht entgegengesetzt beantwortet werden?

Der BGH hat das bejaht, weil er das Gemeinsame an den Fragen als das allein Wesentliche für ihre juristische Beurteilung ansah. Damit hat er anerkannt, daß es sich um g l e i c h e Rechtsfragen handele. Denn das Übereinstimmen von Objekten und Vorgängen hinsichtlich bestimmter Eigenschaften - unter Absehung von den Eigenschaften, in denen sie nicht übereinstimmen - bedeutet Gleichheit der Objekte und Vorgänge.⁸⁾ Gleichheit der Rechtsfragen ist daher dann anzunehmen, wenn die Fragen i n r e c h t l i c h e r H i n s i c h t gleich sind, wenn sie also in allen für die rechtliche Beurteilung wesentlichen Beziehungen übereinstimmen. Diese gleichen Rechtsfragen haben die Gerichte unterschiedlich beantwortet, indem ein Gericht die Unterordnung des Vorgangs oder Gegenstands unter den juristischen Begriff vorgenommen und das andere Gericht dieses abgelehnt hat.

Dadurch wurde die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gestört; denn die Gerechtigkeit und Rechtssicherheit erfordern es, daß rechtlich Gleiches gleich behandelt wird.

7) Der Fall lag der Entscheidung des Großen Strafsenats, BGH 10, 94, zugrunde.

8) Vgl. Engisch, Log. Studien S. 35.

Der BGH hat daher die Vorlegungspflicht in beiden Fällen zu Recht bejaht.

J. Schröder ⁹⁾ lehnt die Entscheidung des Großen Strafsenats im zweiten Fall jedoch mit der Begründung ab, es möge wertungs- und interessenmäßig zutreffen, daß es sich um eine gemeinsame Rechtsfrage handle, doch sei das keine logische Notwendigkeit; es sei vielmehr denkbar, daß beide Fälle verschieden beurteilt werden.

Richtig ist, daß die Gleichsetzung auf einer juristischen Wertung beruht. Bei der Gleichsetzung wird von einem Besonderen - nämlich von dem in einer Vor-Entscheidung bewerteten Gegenstand oder Vorgang - auf ein Besonderes - auf den vom Gericht zu bewertenden Gegenstand oder Vorgang - geschlossen; dieser Schluß ist logisch ein Analogieschluß. ¹⁰⁾

Der Analogieschluß stellt eine Mischung von Induktion und Deduktion dar. Aus den besonderen Erscheinungen wird ein allgemeiner Gedanke abgeleitet und von diesem dann der Schluß auf das zweite Besondere vollzogen. Das Allgemeine, das den Vorgängen oder Objekten in den beiden Entscheidungen gemeinsam ist - auf Grund dessen sie ähnlich sind - ist die Hinsicht, in der sie rechtlich relevant sind. Die Ermittlung dessen, was an einem Lebenssachverhalt juristisch bedeutend ist, erfolgt aber eben nicht nach logischen sondern nach teleologischen Gesichtspunkten, nämlich durch Erforschung des Zweckes der in Frage kommenden Rechtsnorm. Zur Vollziehung des Analogieschlusses verbindet sich also die Logik mit der Teleologie. "Das formale Schlußverfahren, das selbstverständlich logisch in Ordnung sein muß, funktioniert praktisch nur in Verbindung mit bestimmten materiellen Erkenntnissen, die mit spezifisch-juristischer Methodik gewonnen werden müssen." ¹¹⁾

Die Tatsache, daß die Gleichsetzung auf einer juristischen Wertung beruht und keine logische Notwendigkeit ist, berechtigt aber nicht zu der Folgerung, daß bei der abweichenden Beant-

9) NJW 59, 1521.

10) Vgl. zum folgenden Engisch, Einführung S. 142 ff. Die Ausführungen Engischs beziehen sich zwar nur auf die typische Anwendung des Analogieschlusses im juristischen Bereich, nämlich zur Ausfüllung von Rechtslücken; doch bestehen strukturell keine wesentlichen Unterschiede zwischen diesem und dem vorliegenden Verfahren.

11) Engisch, Einführung S. 145.

wortung g l e i c h e r Rechtsfragen keine Vorlegung erforderlich sei. Wenn ein Schluß logisch nicht notwendig ist, heißt das noch lange nicht, daß er juristisch nicht möglich ist. Da die Einheitlichkeit der Rechtsprechung die übereinstimmende Beantwortung gleicher Rechtsfragen erfordert, muß bei einem Abweichen in der Beantwortung gleicher Rechtsfragen ein Vorlegungsverfahren eingeleitet werden.

Ergebnis: E i n e Rechtsfrage im Sinne der Vorlegungsvorschriften liegt vor, wenn die Rechtsfragen in beiden Entscheidungen identisch oder gleich sind.^{11a)}

2. Nun ist zu fragen, wie weit die Rechtsnormen, auf die sich die Rechtssätze beziehen, übereinstimmen müssen, damit von einem Abweichen gesprochen werden kann.

a) Die strengste Auffassung hierzu vertrat das Reichsgericht. Es verlangte Identität der Rechtsnormen. Nach seiner Auffassung war nur dann vorzulegen, wenn sich die Rechtssätze in beiden Entscheidungen auf ein und dieselbe Rechtsvorschrift bezogen. Die Rechtsvorschrift mußte aus derselben Rechtsquelle stammen, d.h. durch e i n e n Gesetzgebungsakt geschaffen sein.¹²⁾

So sah das Reichsgericht in RG 38, 417 die unerlaubte Entfernung von der Truppe nach dem Militärstrafgesetz als Dauerdelikt an. In RG 6, 7 war für die Fahnenflucht nach dem StGB

11a) Hanack unterscheidet bezüglich der Rechtsfragen nicht zwischen Gleichheit und Identität. Unter e i n e r Rechtsfrage versteht er eine identische Rechtsfrage (vgl. S. 151). Doch spricht er zuweilen auch von gleichen Rechtsfragen (z.B. S. 280, Anm. 130). Sachlich kommt er jedoch zu demselben Ergebnis. Auf S. 174 sagt er: "Als e i n e Rechtsfrage betreffend müssen somit alle diejenigen richterlichen Zwischensätze angesehen werden, die nach ihrem tatsächlichen Wirkungsumfang...den gleichen rechtlichen Bereich erfassen..."

12) Eine Ausnahme ließ das RG zu, wenn die Einführung der identischen Norm als solcher beabsichtigt war; vgl. Neumann 36. Dt. Jur.tag Band 2, S. 157.

entschieden worden, daß das Delikt mit der Entfernung des Täters von der Truppe vollendet sei. Eine Vorlegung hielt das RG nicht für erforderlich.

RG 44,11 erklärte, welche Auslegung der dem § 85 StPO (betreffend sachverständige Zeugen) entsprechende § 414 ZPO in der Rechtsprechung der Zivilsenate gefunden habe, könne auf sich beruhen bleiben. Die V.voraussetzungen seien nicht gegeben, da es sich um verschiedene Prozeßgesetze handle. Keine Übereinstimmung der Rechtsfrage wurde in RGZ 148,177 angenommen bei der Frage, ob die sofortige Beschwerde in Aufwertungssachen telegraphisch eingelegt werden könne, ohne Vorhandensein einer eigenhändig unterschriebenen Urschrift, wie dies bei Revisionen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zugelassen sei. Begründung: Beide Rechtsmittel gehörten verschiedenen Rechtsgebieten an, für die das Rechtsmittelverfahren selbständig geregelt sei.

Aber auch bei Rechtsfragen aus demselben Gesetz hat das RG eine Übereinstimmung verneint, wenn sie sich auf verschiedene Bestimmungen bezogen. In RG 58, 425 wurde gegenüber RG 29,303 die V.pflicht mit der Begründung abgelehnt, der damals entschiedene Fall habe zwar auch den Widerruf einer falschen eidlichen Aussage in der zweiten Instanz zum Gegenstand gehabt, bezog sich aber nicht auf § 158 StGB sondern auf § 163 Abs. 2 StGB (In den Entscheidungsgründen stellt das RG dann aber für beide Bestimmungen dieselben Auslegungsgrundsätze auf).

Wenn eine Rechtsregel vom Gesetzgeber neu gefaßt wurde, lehnte das RG ebenfalls die V.pflicht ab. Z.B. wurde der § 3 des Geldstrafengesetzes vom 21.12.1921 durch die Verordnung über Vermögensstrafen und Bußen vom 6.12.1924 mit ganz unwesentlichen Änderungen als § 27 b in das StGB eingefügt. Dieser bloße Platzwechsel genügte, um die V.pflicht zu verneinen (RG 58, 110).

b) Der Bundesgerichtshof hat nur in einer einzigen unveröffentlichten Entscheidung¹³⁾ die Voraussetzungen für die V.pflicht als

13) Beschluß des 4. Strafsenats vom 26.11.1952 (4 StR 702/52).

nicht erfüllt angesehen, weil die Entscheidung, von der abgewichen wurde, sich auf ein anderes Gesetz bezog. Im übrigen hat der BGH die Rechtsprechung des RG verlassen. Bei allen V.vorschriften stellt er es beim Abweichen nur darauf ab, ob die Rechtsnormen oder Rechtsbegriffe, auf die sich die Entscheidungen beziehen, sachlich übereinstimmen, ob sie inhaltsgleich sind.¹⁴⁾ So wird in BGH 14, 236 ausgeführt, die Frage, ob Form und Frist der Einlegung des Rechtsmittels gewahrt seien, wenn die Einlegung telegraphisch erfolge, der Inhalt des Telegramms dem Gericht innerhalb der Rechtsmittelfrist telefonisch durchgesagt werde, das Telegrammformular aber erst nach Ablauf der Frist bei Gericht einlaufe, stelle sich nicht nur für das Strafverfahren, sondern auch für andere Rechtsgebiete in der gleichen Weise. Die V.pflicht sei deshalb gegenüber der Entscheidung des V.Zivilsenats (NJW 53, 25), in der es um die Einlegung einer Rechtsbeschwerde in Landwirtschaftssachen ging, zu bejahen.

BGH NJW 58, 718: "Die Vorlegungsvoraussetzungen sind gegeben... Bedeutungslos ist auch, daß es sich um gesetzliche Bestimmungen verschiedener Länder handelt, denn sie sind, wenigstens für einen Sachverhalt der vorliegenden Art, inhaltsgleich."

BGH 6, 41: "Der Begriff der Geringwertigkeit hat in § 264 a StGB denselben Inhalt wie in § 248 a StGB und kann nur einheitlich ausgelegt werden. In einem derartigen Fall ist es gleich, ob bei § 121 Abs. 2 GVG sich die Entscheidungen auf eine andere Gesetzesbestimmung bezieht."

BGH 15, 48: Der Beschluß des OLG Hamm ist zu § 82 WiStG 1949 ergangen, der jetzt außer Kraft ist. Er bezieht sich ferner auf die entsprechende Anwendung des § 473 StPO, während es hier um § 467 Abs. 2 StPO geht, dessen entsprechende Anwendung § 70 OWiG vorschreibt. Das berührt jedoch die Vorlegungspflicht nicht, da die Rechtsfrage jeweils die gleiche ist, trotz Außerkrafttretens des § 82 WiStG 1949 für § 70 OWiG fortbesteht..."

14) Entwickelt wurde diese Auffassung vom Großen Senat für Zivilsachen in BGHZ 9, 179 für die V.pflicht der BGH - Senate; BGH 6, 43 erklärte sie auch für die oberlandesgerichtlichen V.bestimmungen gültig.

BGH 9, 249 erklärt die V.pflicht für gegeben, "obwohl der Strafbefehl des Amtsgerichts nach seinem Wortlaut den § 148 Abs. 1 Satz 1 GewO in der bis zum 30.11.1953 geltenden Fassung angewendet hat, während der Beschluß des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts von der neuen Fassung jener Vorschrift ausgeht. Ihr Inhalt hat sich aber durch die Neufassung sachlich nicht geändert.

Vom materiellen Standpunkt des BGH ist es also unwesentlich, ob sich die Rechtsfragen auf dieselbe Gesetzesbestimmung, dasselbe Gesetz oder dasselbe Rechtsgebiet beziehen; auch ob das Gesetz, zu dem eine Entscheidung ergangen ist, geändert oder gar aufgehoben wurde, spielt keine Rolle.

c) In der Wissenschaft wurde das Problem, ob die zu einem Abweichen erforderliche Übereinstimmung der Rechtsfragen - man sagte: die Identität der Rechtsfrage - eine sachliche Übereinstimmung der Rechtsnormen oder Identität der Rechtsquelle voraussetze, am Ende der zwanziger Jahre lebhaft diskutiert. Den Anlaß bildete die Frage, ob bei der Durchführung der geplanten Strafrechtsreform das Reichsgericht an seine zum alten StGB erlassenen Entscheidungen gebunden sein sollte. Höhepunkt und Abschluß erreichte die Diskussion auf dem 36. Deutschen Juristentag in Lübeck 1931, wo das Problem auf dem Programm der strafrechtlichen Abteilung stand¹⁵⁾. Eine Einigung über die Lösung der Frage konnte nicht erzielt werden. Die Fronten blieben starr: Auf der einen Seite die formelle Auffassung des Reichsgerichts, leidenschaftlich verteidigt von Reichsanwalt Neumann - auf der anderen Seite die materielle Auffassung der Wissenschaft in mannigfacher Schattierung, vor allem vertreten von Lobe, zu Dohna, Gerland und Köhler.

Bei den Erörterungen trat zutage, daß die formelle Auffassung des RG nicht primär zu § 136 entwickelt, sondern vielmehr von der Auslegung des § 549 ZPO übernommen worden war. Nach dieser Bestimmung, die vor der Vereinheitlichung des Zivilrechts

15) s. Verhandlungen des 36. Dt. Juristentags Band II S. 144 ff.

durch das BGB sehr große Bedeutung hatte, sind nicht bundesrechtliche Vorschriften (damals: nichtreichsrechtliche Vorschriften) nur dann revisibel, wenn sich ihre Geltung über den Bereich des Berufungsgerichts hinaus erstreckt. Das Problem des § 549 ZPO heißt also: Wann liegt eine Vorschrift vor?

Das RG vertrat die von Eccius ¹⁶⁾ und Weismann ¹⁷⁾ dogmatisch untermauerte Auffassung, daß hierfür ausschlaggebend die Identität der Rechtsquelle sei. Schon Graf zu Dohna ¹⁸⁾ wies darauf hin, daß die beiden Probleme zwar verwandt, aber doch nicht identisch seien. Das bestritt Neumann ¹⁹⁾. Er behauptete, die Aufgabe des RG sei es, über die Einheit in der Auslegung der Normen zu wachen ²⁰⁾ und die Fragen, die eine Vorlegung veranlaßten, seien nicht ohne Beziehung auf die geltende Norm denkbar.

d) Die Auffassung Neumanns von der Aufgabe eines obersten Gerichts ist zu eng. Dieses soll die Einheitlichkeit der Rechtsprechung sichern. Mit der Sicherung der einheitlichen Auslegung der einzelnen Normen ist diese Aufgabe noch nicht erfüllt. Denn die Rechtsnormen sind keine eigenständigen, aus sich selbst verständlichen Gebilde, sondern sie sind Bestandteile der Rechtsordnung und nur aus dieser und ihren tragenden Ideen zu interpretieren. Innerhalb eines Gesetzes sind häufig in den verschiedenen Bestimmungen die gleichen Rechtsgedanken und Rechtsbegriffe enthalten. Aber auch Regelungen in verschiedenen Gesetzen können dem gleichen Zweck dienen; die aus der Rechtsprechung des RG und des BGH ge-

16) Gruchots Beitr. 24 (1880), 20 ff.

17) ZZP 9 (1886), 182 f.

18) RG-Praxis V, S. 31.

19) a.a.O., S. 162.

20) Dieses Argument stammt von Weismann (a.a.O., S. 182), nur war es von ihm anders gemeint: er wollte damit sagen, daß die Revision durch das RG nur dem auf Rechtseinheit gerichteten Willen des Gesetzes zur Ausführung verhelfen solle, der aber dann auch bei materiell übereinstimmender Regelung nicht vorläge, wenn es sich um zwei Landesgesetze handle, die für verschiedene Länder erlassen worden seien.

brachten Beispiele zeigen das deutlich. Die Gerechtigkeit und die Rechtssicherheit fordern, daß nicht nur die Einzelnormen, sondern auch inhaltlich gleiche Normen und Rechtsbegriffe gleich ausgelegt werden, weil sonst Widersprüche entstehen, die die Einheit der Rechtsordnung beeinträchtigen. Deshalb müssen die Vorlegungsvorschriften auch dann eingreifen, wenn die Gerichte inhaltlich gleiche Rechtsvorschriften oder Rechtsbegriffe verschieden auslegen. ^{20a)}

Das hat das Reichsgericht bewußt ignoriert. Zur Verteidigung seines Standpunktes brachte Neumann ²¹⁾ vor, daß man mit jeder anderen Auffassung der "Identität" der Rechtsfrage den sicheren Boden verlasse und vor unlösbaren Schwierigkeiten stünde, daß man eine schiefe Ebene betrete, bei der sich jede feste Grenze verwische. ²²⁾

Der BGH hat es gewagt, diese schiefe Ebene zu betreten und hat bisher noch nicht das Gleichgewicht verloren.- Die Praxis hat zudem gezeigt, daß der Hauptteil der Konfliktfälle bei der Auslegung der Einzelnormen entsteht. - Aber es ist nicht zu leugnen, daß beim Auftauchen von Rechtsfragen im Umkreis verschiedener Rechtsnormen die Prüfung, ob die gleichen Rechtsfragen vorliegen, oft sorgfältige und umfassende juristische Arbeit verlangt und das Ergebnis durchaus nicht zweifelsfrei ausfallen muß. ²³⁾

Schwierigkeiten bereitet vor allem die sogenannte "Relativität der Rechtsbegriffe" ²⁴⁾, die darin besteht, daß oft mit ein

20a) Im Ergebnis ebenso Hanack, S. 157 f.

21) a.a.O., S. 156.

22) Graf zu Dohna (RG-Praxis V S. 38) hat die Lage wohl richtig beurteilt, als er sagte, daß bei der Auffassung des RG der Wunsch der Vater des Gedankens war. Nur aus dem Geist des horror pleni läßt sich die formalistische Einengung der V.pflicht verstehen.

23) Vgl. z.B. BGHZ MDR 53, 31 und die gegenteilige Auffassung in der Anmerkung zu dieser Entscheidung von Röttermann.

24) Vgl. dazu Engisch, Einheit S. 44 ff. Es wäre vielleicht richtiger, von Mehrdeutigkeit zu sprechen.

und demselben Wort innerhalb desselben Gesetzes oder innerhalb verschiedener Gesetze ein verschiedener Sinn verbunden ist. So wechselt z.B. der Begriff "Absicht" seine rechtliche Bedeutung nach Sinn und Zweck des jeweiligen Strafgesetzes²⁵⁾ "Gegenstand" in § 264 a StGB meint alle durch § 263 StGB geschützten Vermögenswerte, während er in anderen Bestimmungen des StGB (z.B. in den §§ 133, 152, 243 Nr. 1 und Nr. 4, 297, 304, 308) nur körperliche Sachen beinhaltet.²⁶⁾

Die Begriffe "Beamte", "Besitz", "Eigentum", "Öffentlichkeit", "Fahrlässigkeit" haben in verschiedenen Gesetzen eine unterschiedliche Bedeutung.

Die Ursache für diese Relativität²⁷⁾ liegt darin, daß die Rechtsbegriffe und die Normen, in denen sie verwendet werden, sich gegenseitig beeinflussen. Die Begriffe prägen zwar die Norm, die Norm ihrerseits verleiht durch ihre Stellung in der Rechtsordnung den Begriffen erst ihren speziellen Gehalt und Sinn.

Zuweilen meint das Gesetz aber auch mit verschiedenen Begriffen dasselbe; z.B. wird unter "wegnehmen" in § 242 StGB, "stehlen" in § 247 StGB und "entwenden" in § 370 Nr. 5 StGB derselbe Vorgang verstanden; "geringwertige Gegenstände" in § 248 a und "Sachen von unbedeutendem Wert" in § 247 verlangen dieselbe Auslegung.

Mögen diese Tatsachen die Feststellung der Gleichheit der Rechtsfragen auch erschweren, so bereiten sie doch keine so großen Schwierigkeiten, daß es geboten erscheinen könnte, die Vorlegung auf Fragen zu identischen Rechtsnormen zu beschränken.

25) BGH 13, 221.

26) BGH 5, 263.

27) Eine andere "Relativität" liegt darin, daß der einzelne Rechtsbegriff selbst nicht unverändert bleibt. Denn mit der von den Bedürfnissen des Lebens geforderten fortwährenden Entwicklung des Begriffs durch Wissenschaft und Praxis wandelt sich ständig der Umfang der Klasse und damit verändert sich auch der Inhalt des Begriffs; vgl. dazu Müller-Erbach Iherings Jahrbuch 61 (1912), 343 ff, Englisch Log.Studien S. 34.

II. Das Abweichen von einer Entscheidung

1. Bedeutung der Rechtsfragen in den Entscheidungen

a) Nicht alle rechtlichen Erörterungen, die sich in einer gerichtlichen Entscheidung finden, sind für die Beurteilung des Falles erforderlich. Neben den Gründen, auf denen die Entscheidung beruht, dem "tragenden Komplex rechtlicher Erwägungen",²⁸⁾ enthalten die Entscheidungen zuweilen noch mehr oder minder umfangreiche Rechtsausführungen²⁹⁾, die vom Gericht gelegentlich des Falles gemacht werden.³⁰⁾ Im anglo-amerikanischen case-law nennt man die wichtigen Teile der Entscheidung ratio decidendi, die gelegentlichen Ausführungen obiter dicta.³¹⁾

Diese obiter dicta dienen dazu, die Begründung der Entscheidung einführend, erläuternd, abgrenzend, vergleichend zu vertiefen. Für die Entwicklung des Rechts haben sie große Bedeutung, denn sie sind oft Kern und Ausgang der ratio decidendi eines späteren Falles. Den obiter dicta der oberen Gerichte kommt besondere Bedeutung deshalb zu, weil sie den Rechtspflegeorganen Hinweise auf ihre zukünftige Rechtsprechung bieten. In den zurückverweisenden Revisionsurteilen geben die Empfehlungen für die weitere Sachbehandlung dem Untergericht schon für den konkreten Fall nützliche Anregungen, besonders im Hinblick auf eine erneute Revision.

28) Diese Formulierung hat das BAG geprägt, vgl. BAG 1, 18.

29) Die Entscheidung des BGH 6, 263 z.B. enthält eine siebenseitige Erörterung über das Züchtigungsrecht des Lehrers, die zur Entscheidung des Falles nicht beiträgt.

30) Die Senate des BGH sind zwar nach § 13 Gescho des BGH verpflichtet, Tatbestand und Entscheidungsgründe klar und kurz abzufassen und sich auf das wesentliche und auf den Gegenstand der Entscheidung zu beschränken, doch ist gegenüber den Erkenntnissen des RG bei den BGH-Entscheidungen allgemein eine breitere Fundierung festzustellen (vgl. Fohle Anm. zu BAG AP Nr. 1 (Divergenzrevision) zu § 72 ArbGG). Das mag darauf beruhen, daß nach dem zweiten Weltkrieg vieles, was vor dem gültig und gesichert war, zweifelhaft geworden ist, so daß der BGH erst neue Grundlagen erarbeiten mußte. Sarstedt (Revision S. 116 Anm. 43) weist darauf hin, daß sich neuerdings zumindest die Strafsenate in zunehmendem Maße wieder um Kürze in den Urteilsgründen bemühen.

31) Dieses Begriffspaar hat sich in Deutschland, jedenfalls im Schrifttum, bereits eingebürgert.

Als Kriterium für die Abgrenzung zwischen ratio decidendi und obiter dicta stellt man am besten die Frage, ob eine Rechtsansicht aus dem Entscheidungs-Syllogismus ausgeklammert werden kann, ohne daß sich dadurch das Entscheidungsergebnis ändert³²⁾. Im Einzelfall kann die Unterscheidung große Schwierigkeiten bereiten; das gilt besonders wegen der konstruktiven Denkmethode des kontinentalen Rechts, bei der jede Fallbehandlung zugleich eine Durchdenkung des Systems ist.³³⁾

Es stellt sich die Frage, ob und wieweit diese Unterscheidung in den Vorlegungsvorschriften für die Frage, wann ein Abweichen von einer Entscheidung vorliegt, Bedeutung hat. Die grammatikalische Interpretation bringt hier keine Klarheit, denn "Entscheidung" kann, formell gesehen, alles sein, was das Gericht innerhalb des Urteils geäußert hat und, materiell gesehen, das, was zur Erledigung des Falles erforderlich war. Klarheit kann daher - wie so oft - nur die teleologische Auslegung bringen. Es empfiehlt sich zur Klärung der Frage, zwischen der beabsichtigten und der Vor-Entscheidung zu unterscheiden.

- b. Bei der beabsichtigten Entscheidung unterliegt es kaum einem Zweifel, daß die Rechtsfrage grundsätzlich tragend sein muß. Denn es widerspräche dem Grundsatz der Prozeßökonomie und wäre den Verfahrensbeteiligten gegenüber nicht zu verantworten, wenn man ein zeitraubendes Zwischenverfahren einleitete, obwohl die in diesem Verfahren zu klärende Frage für die Entscheidung des Falles bedeutungslos ist.

Doch hat der BGH von diesem Grundsatz Ausnahmen gemacht: Bei zurückverweisenden Revisionsurteilen verlangt er nicht, daß die Aufhebung des angefochtenen Urteils auf der Entscheidung dieser Frage beruhe, sondern er hält es für ausreichend, wenn das Untergericht mit hoher Wahrscheinlichkeit über diese Frage wird entscheiden müssen. So erklärt BGH 13, 343 die Vorlegung für zulässig, obwohl die vorzulegende Rechtsfrage nur dann zu erörtern ist, wenn eine in tatsächlicher Hinsicht näher aufzuklärende Vorfrage bejaht wird. BGH 17, 205 sieht eine Ab-

32) R. Cross S. 85 bezeichnet als ratio decidendi "a rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion." J. Schröder, MDR 60, 809 bezeichnet als Kriterium für die Abgrenzung den Notwendigkeitstest, die "conditio sine qua non - Formel."

weichung auch dann als gegeben an, wenn das Revisionsgericht "das Urteil zwar ohnehin - aus anderen Gründen - aufheben will", dabei aber die Rechtsfrage mitentscheiden muß.³⁴⁾ Im Interesse einer raschen Prozeßerledigung ist die Ansicht des BGH gutzuheißen, da sie in diesen Fällen eine erneute Revision - bei der dann ohnehin vorgelegt werden müßte - im Zweifel unnötig macht.

Eine ähnliche Ausnahme macht der BGH³⁵⁾ für die V.pflicht der erstinstanziellen Senate der OLG. Da die Hauptverhandlung gemäß § 229 StPO höchstens 10 Tage unterbrochen werden darf, und in dieser Frist in den seltensten Fällen ein Beschluß des BGH im V.verfahren zu erreichen ist, erweist es sich als sinnvoll, wenn das Gericht den V.beschluß so früh wie möglich erläßt, d.h. sobald sich mit einiger Sicherheit die Notwendigkeit der Vorlegung abzeichnet. Wartet nämlich das Gericht mit der Vorlegung bis zum Schluß der Hauptverhandlung, muß es im Zweifel nach der Entscheidung des BGH die ganze Hauptverhandlung wiederholen. Der BGH läßt aus diesem Grund die Vorlegung schon dann zu, wenn der im V.beschluß mitgeteilte Sachverhalt in tatsächlicher Hinsicht zu einem Ergebnis führen kann, bei dem es auf die den Gegenstand der Vorlegung bildende Rechtsfrage ankommt. Diese Auffassung des BGH ist aus prozeßökonomischen Gründen zu begrüßen. Bedenken gegen sie sind nicht ersichtlich. Sie wird auch nicht nur für die OLG-Senate im Verfahren nach § 120 Abs. 3, sondern ebenso für den erstinstanziellen Strafsenat des BGH bei der Vorlegung nach § 136 zu gelten haben.

c) Unterschiedlich beantwortet wird die Frage, ob nur ein Abweichen vom tragenden Komplex rechtlicher Erwägungen einer Vor-Entscheidung zur Vorlegung zwingt.³⁶⁾

J. Schröder³⁷⁾ meint, es sei nicht einzusehen, warum ein wohl-

33) Vgl. Esser JZ 62, 515.

34) Das Untergericht hatte eine Entwendung im Selbstbedienungsladen nach § 370 Abs. 1 Ziff. 5 StGB beurteilt. Die Revision der Staatsanwaltschaft beanstandete - neben einer allgemeinen Sachrüge - die Nichtanwendung des § 263 (im Anschluß an OLG Hamm). Das Bay. OLG hielt diesen Angriff für unbegründet, wollte aber auf die allgemeine Sachrüge hin aufheben, weil das Landesgericht möglicherweise wegen Diebstahl hätte verurteilen müssen.

35) Vgl. BGH MDR 62, 834.

36) Im case-law entfaltet nur die ratio decidendi präjudizielle Kraft.

37) NJW 59, 1521.

begründetes, eingehend abgewogenes und eindeutig ausgesprochenes obiter dictum weniger wiegen soll als eine abrupte ratio decidendi. Schäfer³⁸⁾ bejaht für die V.pflicht der BGH-Senate die Forderung, daß die Rechtsfrage, in der abgewichen werden soll, für die Vor-Entscheidung tragend gewesen sein muß, weil andernfalls die Rechtsprechung des BGH durch Entscheidungen der Großen Senate festgelegt würde, ehe die einzelnen Fragen aufgrund ausreichenden Fallmaterials hinlänglich durchdacht werden konnten.

Anderer Meinung ist er für die V.pflicht der OLGe. Hier sei es schon wegen der oft fragmentarischen Veröffentlichung der Entscheidungen zuweilen nicht möglich zu sagen, ob die Frage zur ratio decidendi gehöre. Außerdem habe die BGH-Entscheidung im V.verfahren nicht wie die GS-Entscheidung eine mehr oder minder endgültige kontroversenbereinigende Wirkung für die Praxis, sondern sie bestimme nur fürs erste die Rechtsprechung der OLGe im Sinne einer einheitlichen Auslegung, während sie für die übrigen BGH-Senate nicht mehr Bedeutung als jede andere Revisionsentscheidung habe. Deshalb werde die Kontroverse nicht im Keim erstickt, sondern lediglich ihre Entscheidung auf den BGH verlagert, wobei den OLGen durch Vorlegungen und den dazu abgegebenen Stellungnahmen ein Mitwirkungsrecht erhalten bleibe.

Demgegenüber vertritt das übrige Schrifttum und die Rechtsprechung die Auffassung³⁹⁾, daß die V.pflicht sowohl für die BGH-Senate als auch für die OLGe nur entstehe, wenn die Vor-Entscheidung auf der strittigen Rechtsfrage *b e r u h e*.⁴⁰⁾ Dieser Auffassung ist der Vorzug zu geben. Sie entspricht dem Zweck der V.bestimmungen, eine einheitliche Entscheidung der Rechtsfälle zu sichern. Deshalb kann es nicht auf eine Rechtsfrage ankommen, von deren Beantwortung die Entscheidung nicht abhängt. Obiter dicta kommen in den verschiedensten Nuancierungen vor, oft sind sie gründlich erwogen, zuweilen aber nur wirklich nebenbei bemerkt. Wie will man da eine Unterscheidung treffen,

38) In I-R, Anm. 19 c zu § 121.

39) Vgl. Eb. Schmidt, Randn. 31, Schw.-Kl., Anm. 7, jeweils zu § 121; BGH 7, 314.

40) Dazu ist nicht erforderlich, daß die Frage in der Entscheidung ausdrücklich erörtert wird. Es genügt, wenn die Entscheidung von ihrer Bejahung oder Verneinung notwendig begrifflich abhängt, sodaß sie auf der stillschweigenden Stellungnahme zu ihr beruht; vgl. BGH LM Nr. 14 zu § 121

von der man die V.pflicht abhängig machen kann? Zudem ist die Äußerung einer Rechtsansicht, die ohne Verbindlichkeit erfolgt, nicht gleich zu bewerten mit einer Entscheidung, durch die ein konkret gegebener Sachverhalt geregelt wird. Wie der Gesetzgeber bei der Abfassung eines Gesetzes, kann auch der Richter bei der Entscheidung hypothetischer Fälle nicht immer die Tragweite und die Richtigkeit des aufgestellten Rechtssatzes ermessen.⁴¹⁾ Eine Einbeziehung der obiter dicta in den Kreis der zur Vorlegung verpflichtenden Rechtssätze würde auch eine den Gerichten nicht zumutbare Ausdehnung der V.pflicht mit sich bringen, dadurch ihre Initiative, nach eigenen Lösungen zu suchen, lähmen und eine weitere Einschränkung der richterlichen Entscheidungsfreiheit zur Folge haben, ohne daß die Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung dazu zwänge. Auch wäre wahrscheinlich eine weitere Folge, daß die Gerichte, wenn jedes Wort in der Entscheidung später auf die Goldwaage gelegt wird, sich hüten würden, mehr als unbedingt notwendig zur Begründung der Entscheidungen zu sagen. Für die Rechtsentwicklung, die am besten durch eine lebhafte Diskussion der umstrittenen Fragen gefördert wird, bedeutete das keinen Vorteil. Die Feststellung Schäfers, daß man wegen der unzureichenden Publikation der Entscheidungen oft schwer sagen könne, was an den veröffentlichten Rechtsansichten zum tragenden Komplex rechtlicher Erwägungen zu rechnen sei, entspricht zwar der Wirklichkeit, doch kann man daraus nur die Folgerung ziehen, daß die Publikation verbessert werden muß, nicht aber, daß man die V.pflicht diesem Zustand anzupassen hat.

Es ist deshalb als Ergebnis festzuhalten, daß die Streitigen Rechtsfragen in der beabsichtigten Entscheidung und in der Vor-Entscheidung zur ratio decidendi gehören müssen.

d) Damit ein Abweichen vorliegt, ist es nach der herrschenden Meinung grundsätzlich erforderlich, daß die andersartige Beantwortung der Rechtsfrage das Entscheidungsergebnis ändert. Und zwar soll das für beide Entscheidungen gelten, d.h. die Entscheidung des vorlegenden Gerichts müsse anders ausfallen,

41) Dieser Umstand macht auch sog. Grundsatzentscheidungen problematisch; vgl. dazu Esser JZ 62, 514 f.

wenn ihr die Rechtsauffassung der Vor-Entscheidung zugrundegelegt werde und die Vor-Entscheidung hätte auf Grund des vom vorlegenden Gericht aufgestellten Rechtssatzes anders ergehen müssen. Seien die Entscheidungen nur anders begründet, kämen sie aber zum gleichen Ergebnis, dann liege kein Abweichen vor.

Dieser Grundsatz ist für den Regelfall zu billigen. Zwar ist bei einem Abweichen in der Begründung auch die einheitliche Rechtsanwendung der Gerichte gestört, aber der Angeklagte kann in diesem Falle nicht eine ungleiche Behandlung rügen. Führen bei einer späteren Entscheidung eines Gerichtes die beiden entgegengesetzten Auffassungen zu verschiedenen Ergebnissen, muß vorgelegt werden.

Jedoch gibt es Fälle, in denen der aufgestellte Grundsatz zu keinen befriedigenden Ergebnissen führt.

Einer dieser Fälle liegt vor, wenn die V o r - E n t s c h e i d u n g mehrfach begründet ist; z.B. wenn ein Straftatbestand mehrere Begehungsarten enthält und der Angeklagte mehr als eine erfüllt.⁴²⁾ Will ein Gericht nur von der Beurteilung einer Begehungsart abweichen, weil der gegebene Fall mit der Vor-Entscheidung vielleicht nur hinsichtlich dieser übereinstimmt, dann brauchte es nicht vorzulegen, da die Vor-Entscheidung noch von der zweiten Begründung getragen wird. Gegen eine solche mehrfach begründete Entscheidung müßte danach nur dann vorgelegt werden, wenn dem Gericht ein völlig gleicher Fall vorläge und es hinsichtlich aller Begründungen eine abweichende Auffassung verträte. Dieses Ergebnis befriedigt nicht. Denn in einer Entscheidung, die mehrfach begründet ist, gehört jede dieser Begründungen zur ratio decidendi, die die Entscheidung trägt. Daß die abweichende Auffassung in e i n e r der Begründungen auf den Ausgang des Prozesses ohne Einfluß bleibt, liegt an einer zufälligen tatsächlichen Konstellation. Durch diese wird aber nicht die Tatsache beseitigt, daß ein Widerspruch in der Rechtsprechung vorliegt, wenn ein Gericht, von einer der Begründungen abweicht. Deshalb muß ein Gericht, das

42) So kann § 123 durch unberechtigtes Eindringen und Verweilen, § 267 StGB durch Herstellen und Gebrauchmachen erfüllt werden. J. Schröder MDR 60, 810 weist in diesem Zusammenhang auch auf den Fall der wahlweisen Feststellung des Tatbestands hin.

auch nur von einer einzigen Begründung einer mehrfach begründeten Entscheidung abweichen will, vorlegen.⁴³⁾

Anders ist es allerdings, wenn das vorlegende Gericht seine Entscheidung mehrfach begründet hat und nur in einer Begründung abweichen will. In diesem Fall erübrigt sich die Vorlegung, da sie am Entscheidungsergebnis nicht ändert; das Gericht kann daher die Entscheidung dieser Frage dahingestellt sein lassen.

2. Feststellung des Abweichens von einer Entscheidung

Um festzustellen, ob ein Abweichen vorliegt, muß das Gericht, das abweichen will, die Vor-Entscheidung genau prüfen. Auf eine ungefähre Ähnlichkeit der Fälle kommt es nicht an,⁴⁴⁾ sondern darauf, ob sie in ihrer rechtlichen Relevanz übereinstimmen.

Zu diesem Zweck vergleicht der entscheidende Richter, ob die Kette seiner Subsumtionsschlüsse, die er gebildet hat, um den Fall unter die Rechtsnorm zu subsumieren, mit der Kette der Vor-Entscheidung übereinstimmt. Sind die Fälle in allen rechtlichen Beziehungspunkten übereinstimmend, so müssen auch beide Ketten übereinstimmen. Ein Abweichen liegt vor, wenn ein Obersatz in beiden Ketten widersprüchlich ist. Das muß nicht unbedingt der letzte sein. Aber wenn einer der vorigen Obersätze nicht übereinstimmt, werden die folgenden Obersätze in der Regel auch nicht mehr harmonieren. Nicht erforderlich ist es, daß die Zahl der Kettenglieder gleich ist. Je abstrakter die Rechtsnorm, um so mehr Glieder werden die Ketten aufweisen. Je weniger Beziehungspunkte die beiden Fälle haben, umso kleiner wird die Zahl der gemeinsamen Schlüsse sein. Doch spielt das keine Rolle für die Frage, ob die Entscheidungen voneinander abweichen. Wesentlich dafür ist nur, ob die Ketten, soweit sie auf Grund der Übereinstimmungen der Fälle gemeinsam gebildet

43) So für die Divergenzrevision BAG AP Nr. 1 (Div.Rev.) zu § 72 ArbGG und Pohle in der Anmerkung zu dieser Entscheidung.

44) Sehr instruktiv sind in dieser Hinsicht die Entscheidungen BGH NJW 54, 281 und OLG Oldenburg NJW 55, 761, von denen Becker (NJW 55, 1262) annahm, daß sie die gleiche Rechtsfrage widersprüchlich beantworten. Vgl. dazu die Stellungnahme Sarstedts (NJW 55, 1629).

sind, widersprüchliche Rechtssätze aufweisen. Eine Divergenz liegt jedoch nur vor, wenn sich zwei Rechtssätze auf gleicher Ebene widersprechen.

Das läßt sich gut am Vorlegungsfall BGH 1, 358 sehen.

In diesem Fall hatte das OLG Celle ein V.verfahren eingeleitet. Ihm lag folgender Sachverhalt zur Entscheidung vor: Ein Kraftfahrer war bei Dunkelheit auf unbeleuchteter Straße einem LKW begegnet. Beide Fahrer hatten das Abblendlicht eingeschaltet. Der Angeklagte wurde durch die Scheinwerfer des LKW geblendet, fuhr aber trotzdem mit unverminderter Geschwindigkeit - die allerdings nicht sehr hoch war - weiter. Kurz nach der Begegnung mit dem LKW fuhr der Angeklagte einen am Fahrbahnrand stehenden Mann an, den er infolge der Blendung nicht gesehen hatte. Das OLG Celle wollte den Angeklagten verurteilen, weil er den Unfall fahrlässig herbeigeführt hatte. Nach seiner Auffassung hat der Angeklagte seine Sorgfaltspflicht verletzt, indem er trotz Blendung mit unverminderter Geschwindigkeit weitergefahren ist, weil er so ein verkehrswidriges Verhalten bisher nicht beobachteter Verkehrsteilnehmer nicht berücksichtigen konnte.

Das OLG Celle sah sich an dieser Entscheidung jedoch durch ein Urteil des OLG Hamm⁴⁵⁾ gehindert. Der Fall des OLG Hamm entsprach dem geschilderten Falle des OLG Celle. Nur ein wesentlicher Umstand, von dem der Angeklagte Kenntnis hatte, war anders: Auf der Fahrbahnseite, die der Angeklagte benutzte, befand sich kein Fußweg, es schloß sich vielmehr unmittelbar an den Straßenrand das Gleis einer Kleinbahn an. Zwischen Fahrbahn und erster Schiene verlief ein etwa 50 cm breiter unbefestigter Geländestreifen, der voll von Schlaglöchern und anderen Unebenheiten war. Auf diesem Streifen ging der Verletzte bei völliger Dunkelheit in Fahrtrichtung des Angeklagten, obwohl auf der anderen Straßenseite ein Fußweg vorhanden war.

In den Urteilsgründen sagt das OLG Hamm: "Im allgemeinen muß der Fahrer bei Blendung seine Geschwindigkeit im Interesse der Verkehrssicherheit so herabsetzen, daß er im Notfall sofort anhalten kann. Im vorliegenden Fall konnte der Angeklagte bei den gegebenen besonderen Umständen jedoch nicht vorausse-

45) JMB1. Nordrh. W. 1950, 163.

hen, daß sich für ihn eine Notwendigkeit, plötzlich anhalten zu müssen, ergeben könnte."⁴⁶⁾

Das OLG Celle hatte demnach die Frage zu entscheiden: Verletzt ein Kraftfahrer seine Sorgfaltspflicht, wenn er trotz Blendung durch ein entgegenkommendes Fahrzeug mit unverminderter Geschwindigkeit weiterfährt?

Dem OLG Hamm lag folgende Frage vor: Verletzt ein Kraftfahrer seine Sorgfaltspflicht, wenn er trotz Blendung durch ein entgegenkommendes Fahrzeug mit unverminderter Geschwindigkeit weiterfährt und er wegen der besonderen Umstände nicht mit dem verkehrswidrigen Verhalten eines anderen zu rechnen braucht?

Soweit die Rechtsfragen übereinstimmen, wurden sie übereinstimmend beantwortet. Beide Gerichte gingen von demselben Rechtssatz aus, nur sah sich das eine Gericht durch die besondere Gestaltung seines Falles veranlaßt, diesen Rechtssatz durch den Vertrauensgrundsatz einzuschränken. Es schob also noch einen Zwischensatz ein. Eine ähnliche Einschränkung war im anderen Fall nicht veranlaßt. Der BGH hätte deshalb die Vorlegung zurückgeben müssen, weil kein Abweichen vorlag.⁴⁷⁾ Wäre aber eine Vorlegung veranlaßt gewesen, wenn das OLG Celle die Fahrlässigkeit hätte verneinen wollen? In diesem Fall hätte es generell eine Pflicht zur Verminderung der Geschwindigkeit bei Blendung verneint, es wäre damit also für den Regelfall zu einem anderen Ergebnis gekommen, als das OLG Hamm. Soweit die Rechtsfragen übereinstimmen, wären sie abweichend beantwortet worden; das OLG Celle hätte deshalb bei dieser Lage vorlegen müssen. Ebenso wäre ein V.fall gegeben gewesen, wenn das OLG Celle wie geschehen entschieden hätte, das OLG Hamm seine Ent-

46) Der Leitsatz der Entscheidung - auf den es jedoch nicht ankommt - (vgl. unten S.97) lautet: "Wenn ein Kraftfahrer trotz steigender Blendung auf einer Reichsstraße eine Geschwindigkeit von 35 km/h beibehält und infolgedessen einen vorschriftswidrig die Fahrbahn benutzenden Fußgänger tödlich verletzt, so liegt im Regelfall keine Fahrlässigkeit ... vor." Der Leitsatz besagt damit genau das Gegenteil dessen, was in den Gründen steht.

47) Er hat jedoch die Entscheidung mit der Begründung abgelehnt, daß die Frage des OLG Celle - ob die Tatsachen vorlägen, die den Begriff der Fahrlässigkeit bilden - eine Tatfrage sei. Diese Auffassung ist abzulehnen, denn die Frage, ob aufgrund des festgestellten Sachverhalts die Handlung des Angeklagten als fahrlässig anzusehen ist, ist die Subsumtionsfrage, also eine Rechtsfrage. - Der BGH hätte allenfalls sagen können, daß eine nichtrevisible (Rechts-) Frage des Einzelfalls vorliege.

scheidung aber wie im Leitsatz begründet hätte. Denn dann hätte das OLG Hamm die besondere Gestaltung des Sachverhalts nicht berücksichtigt, sondern für den Regelfall die Fahrlässigkeit verneint.

Ist der Sinn oder die Tragweite der Vor-Entscheidung nicht zweifelsfrei zu erkennen, so hat das Gericht die Entscheidung auszulegen. Als Maßstab dafür dient nicht die subjektive Auffassung des Auslegenden, sondern der aus der Entscheidung zu ermittelnde Wille des Gerichts. Dieser ist jedoch nur soweit erheblich, als er sich in den Grenzen dessen hält, was zu entscheiden war. Einen Anhalt dafür gibt der Sachverhalt der Vor-Entscheidung. Im anglo-amerikanischen Präjudizienrecht gilt der Grundsatz: "Judgments must be read in the light of the facts of the cases in which they are delivered."⁴⁸⁾ Dieser Satz hat für die Bestimmung, ob ein Vorlegungsfall gegeben ist, die gleiche Bedeutung. In den meisten Fällen, in denen die Tragweite einer gerichtlichen Erkenntnis unklar ist, wurden Rechtssätze aufgestellt, die über den zur Entscheidung unterbreiteten Fall hinausgingen.

So wollte das Kammergericht⁴⁹⁾ die Frage, ob eine Berufung als rechtzeitig oder verspätet behandelt werden müsse, nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" entscheiden. Es glaubte sich daran durch eine Entscheidung des BGH gehindert, in der auf die Behauptung des Angeklagten, er sei wegen der Sache schon einmal verurteilt worden, das Gericht gesagt hatte, dieser Einwand sei nur zu beachten, wenn er erwiesen sei; die bloße Möglichkeit eines Verfahrenshindernisses stehe der Durchführung des Verfahrens nicht entgegen.

Der BGH erklärte die Vorlegung des KG für unzulässig, weil die Frage, ob der Grundsatz "in dubio pro reo" auch bei der Prüfung der Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernisse eine Anwendung finde oder nicht, in der genannten Entscheidung keine allgemein verbindliche Erledigung gefunden habe. Die Entscheidung beziehe sich nur auf ein ganz bestimmtes Verfahrenshindernis. Die Frage könne jedoch verschieden beantwortet werden, je nachdem, welches Prozeßhindernis in Rede stehe.

48) R. Cross, S. 37.

49) Vgl. KG JR 54, 471 mit Anm. Sarstedt.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Die von einem Gericht aufgestellten Rechtssätze verpflichten nur soweit zur Vorlegung, als sie zur Entscheidung des Falles erforderlich waren. Stellt ein Gericht einen allgemeinen Grundsatz auf, ohne daß der Fall Veranlassung dazu gibt, dann ist dieser nur als obiter dictum zu werten.⁵⁰⁾

Kommt ein Gericht bei gleichem Sachverhalt zu einem anderen Ergebnis als eine Vor-Entscheidung, weil diese einen entscheidungserheblichen Gesichtspunkt nicht erörtert hat, - hat es also zu wenig entschieden - so ist das Gericht vorlegungspflichtig, denn es liegt eine abweichende Entscheidung vor.⁵¹⁾ Wenn das erste Gericht den rechtlichen Gesichtspunkt übersehen hat, wäre die Rechtseinheit nicht wesentlich beeinträchtigt, da mit Wiederholungsfällen nicht zu rechnen ist. Weil die Gründe der Entscheidung aber in einem solchen Fall schweigen, weiß man nicht, ob ein Versehen vorliegt, oder ob das Gericht das Problem zwar gesehen hat, es aber für so fernliegend hielt, daß es auf seine Erörterung verzichten zu können glaubte. Die Rechtssicherheit erfordert jedenfalls, daß die Divergenz beseitigt wird.⁵²⁾ Zwischen BGH-Senaten läßt sich eine solche Unklarheit durch ein persönliches Gespräch leicht beseitigen.⁵³⁾ Zwischen verschiedenen OLGern besteht diese Möglichkeit nicht.

Ist der in einer Entscheidung aufgestellte Rechtssatz unklar und läßt sich sein Inhalt auch auf Grund des Sachverhaltes nicht zweifelsfrei bestimmen oder erweist er sich als mehrdeutig, dann besteht nach der Rechtsprechung des BGH 56 die Pflicht zur Vorlegung, wenn der Entscheidung eine der Rechtsansicht des vorlegenden Gerichts entgegengesetzte Rechtsauffassung entnommen werden kann.⁵⁴⁾ Diese Auffassung verdient Zustimmung, da die Rechtsklarheit eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtseinheit und die Rechtssicherheit darstellt.

50) So auch BGH 11, 162.

51) a.A. OLG Köln NJW 53, 1156.

52) J. Schröder LDR 60, 517, lehnt hier die V.pflicht ab, weil es an einer Stellungnahme des Gerichts fehle. (Er verlangt eine erkennbare Willensäußerung).

53) Die Divergenz kann dann gegebenenfalls durch eine "Anfrage" - vgl. unten S. 98 - aus der Welt geschafft werden.

54) Vgl. BGH 13, 130; 17, 168; 197, 310.

3. Stellungnahme zur Auffassung Hanacks vom Abweichen von einer Entscheidung

Hanack kommt in der Frage, wann ein Abweichen von einer Entscheidung vorliege, im wesentlichen zu anderen als den hier gewonnenen Ergebnissen. Die Differenzen haben alle ihren Grund in der Anschauung Hanacks über die Aufgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Es ist daher erforderlich, diese kurz zu skizzieren.

Ausgangspunkt für Hanack ist die in den letzten Jahrzehnten erfolgte Wandlung des gesetzlichen Regelungsstils, d.h. die Tatsache, daß das Gesetz seine beherrschende Funktion für das Rechtsleben zu einem beträchtlichen Teil an die Verantwortung des Richters verloren hat und ihm immer stärker die Lösung widerstreitender Interessen allein anvertraut, was zur Folge hat, daß der Richter vor Aufgaben gestellt wird, die vielfach denen des Gesetzgebers gleichen. Er muß die Mängel des Gesetzes ergänzen, und da, wo eine Regelung fehlt, hat er sie zu finden.

Daher, sagt Hanack, kommt den "allgemeinen Zwischensätzen" (S. 105), die der Richter zur Findung der "konkreten Gestaltungsnorm" - d.h. des Rechtssatzes, unter den schließlich der Fall subsumiert werden kann, - bilden muß, eine erhöhte Bedeutung zu. Denn die Dogmatik verlangt vom Richter die möglichst genaue, umfassende Herausarbeitung der generellen Richtlinien und Ordnungszusammenhänge, die für die Anwendung der Norm maßgeblich sind.

Daraus ist das Recht des Richters herzuleiten, mehr zu entscheiden, als der Fall erfordert. Diese Mehrentscheidungen bewirken wegen ihres grundsätzlichen Charakters wiederum die erhöhte mittelbare Bedeutung des Spruchs für die Arbeit der anderen Richter. Das Recht zur Mehrentscheidung ist jedoch nicht unbegrenzt: Abstrakte Rechtsfragen darf der Richter nicht entscheiden; er hat sich vielmehr auf Erwägungen zu beschränken, die bei Bildung der zur Sachentscheidung nötigen allgemeinen Zwischensätze abfallen und die Tragfähigkeit der Entscheidung, sowie unter Umständen ihre Klarstellung und Abgrenzung erproben.

Aus all dem folgert Hanack: "Erkennt man die Befugnis der höchsten Gerichte an, in bestimmtem Umfang solche "Mehrentscheidungen" vorzunehmen...so kann man diese Mehrentscheidungen nicht ohne Widerspruch und ohne den Gedanken der richtungsweisenden und einheitlichen Rechtsprechung zu gefährden, vom Ausgleichsverfahren ausnehmen." (S. 188)

Für die Frage, wann von einer Entscheidung abgewichen wird, hat das, nach Hanack, folgende Auswirkungen:
Es kommt nicht darauf an, daß das Urteil auf den Rechtssätzen, von denen abgewichen wird, beruht. Denn das "Merkmal des Beruhens enthält notwendig das Kriterium einer kausalen Betrachtungsweise des Wirkungsumfangs einer gerichtlichen Entscheidung" (S. 252) und geht an der Verzahnung der Rechtsüberlegungen vorbei, aus denen der einzelne richterliche Spruch erwächst. "Es ist nicht richtig, daß die Rechtseinheit nur bei Divergenz in den tragenden Grundlagen des Richterspruchs gefährdet wird. Oberster Grundsatz zur Beurteilung dieser Frage muß vielmehr die Prüfung sein, ob die Rechtsausführungen eines gerichtlichen Spruchs in ihrer Wirksamkeit für das Rechtsleben richtungsweisende Bedeutung haben." (S. 253)

Im einzelnen entnimmt Hanack diesem Grundsatz, daß für eine Vorlegung nur unbeachtlich sind die ausdrücklich offengelassenen oder dahingestellten Fragen und bloße Anregungen oder Ansichten, zu denen das Gericht neigt. (S. 255 f.)

Beachtlich sind dagegen überflüssige Entscheidungen, d.h. klar aufgestellte Rechtssätze, von denen dann erklärt wird, es komme auf sie im Einzelfall nicht an. Ebenso sind zu beachten die unverbindlichen Richtlinien für die weitere Entscheidung, denn sie sind gewissermaßen nur vorweggenommene Entscheidungen (S. 257).

Auch einführende, erläuternde, ergänzende oder sonst bei Gelegenheit gemachte Rechtsausführungen nötigen zur Vorlegung, da das Gericht das Recht zur Mehrentscheidung hat. Ebenso will Hanack beiläufige Bemerkungen in die Vorlegungspflicht einbeziehen. Denn, so sagt er, in einem sachgemäß abgesetzten Richterspruch kann es keine beiläufigen Bemerkungen geben. Kommen sie doch vor, besteht kein Grund, sie zu privilegieren. (S. 257)

Hanacks Auffassung führt auch in der Frage, nach welchen Grundsätzen eine Vor-Entscheidung auszulegen ist, zu anderen Ergebnissen. Als entscheidendes Kriterium sieht er die Ermittlung des mutmaßlichen Sinngehalts, den der Richter mit seinem Ausspruch verband, an. (S. 190) Da es auf die Kausalität des Rechtssatzes für die Entscheidung nicht ankommt, ist die Erforderlichkeit generell als Kriterium unbrauchbar, (S. 187) denn die Erarbeitung des Zwischensatzes erfolgt nach allgemeinen Merkmalen

und Kriterien und löst sich damit vom Einzelfall. (S. 187)
Als brauchbare Anhaltspunkte nennt Hanack dagegen die Probe, ob die gegenteilige Auffassung zu krassen Abweichungen von anderslautenden und feststehenden Rechtsgrundsätzen führe. Unklare Formulierungen sind als mit der übrigen Rechtsprechung übereinstimmend auszulegen. (S. 192) Ein wichtiges Kontrollmoment sei die Berücksichtigung der Wirkung, die der frühere Spruch bei Untergerichten und Bürgern hat. (S. 195)

Der Berücksichtigung von Ziel und Ergebnis der Auslegung mißt Hanack nur "einige Bedeutung" zu (S. 195), vor allem dafür, ob die Zwischensätze zu weit gefaßt sind, denn "wenn man anerkennt, daß eine Entscheidung in Zweifelsfällen nicht mehr sagen wollte als zur sachlichen Beurteilung des Falles nötig, so kann man bei unklaren Zwischensätzen davon ausgehen, daß sie Besonderheiten eines späteren Falles selbst dann nicht erfassen will, wenn es nach dem Wortlaut eines Zwischensatzes der Fall zu sein scheint" (S. 199).

Hanacks Auffassung von der Bedeutung der allgemeinen Zwischensätze für das Vorlegungsverfahren ist abzulehnen.

Nicht bestritten werden soll die generelle Bedeutung, die die von den Gerichten erarbeiteten Grundsätze heute haben. Doch Hanack will den bestehenden Zustand dogmatisch untermauern. Dabei geht er offensichtlich davon aus, daß er nicht zu ändern ist. Das jedoch muß wenigstens in dieser Allgemeinheit bezweifelt werden; denn teilweise ist die Ursache für die mangelhafte gesetzliche Regelung nicht eine unabwendbare Notwendigkeit, die sich aus den bestehenden Verhältnissen ergibt, sondern ein Ausweichen des Gesetzgebers ins Unverbindliche aus Rücksicht auf die Interessen irgendeiner Gruppe. Sanktioniert und perfektioniert man den bestehenden Zustand, so wird das im Zweifel dazu führen, daß der Gesetzgeber sich in kritischen Fällen noch mehr zurückzieht.

Hanacks Auffassung führt auch zu einer Theoretisierung der Rechtsprechung: Primär sollen theoretische Erkenntnisse - aus der Sicht eines bestimmten Sachverhalts - gewonnen werden, um die Praxis einheitlich auszugestalten. Bisher hielt man den umgekehrten Weg für richtig, nämlich an Hand des Fallmaterials allgemeine Grundsätze zu erarbeiten. Das ist auch der den Gerichten gemäße Weg.

Hanacks Auffassung muß dazu führen, die Gerichte unnütz mit Maßnahmen zur Vereinheitlichung des Rechts (d.h. der allgemeinen Zwischensätze) zu belasten, weil die auf Grund eines Falles abgeleiteten Grundsätze sich als nicht haltbar erweisen. Unrecht hat Hanack, wenn er sagt, die geltende Überzeugung entspreche nicht den Erfordernissen der Rechtseinheit, da sie nur eine Übereinstimmung in den konkreten Gestaltungsnormen erzeuge. Eine einheitliche Behandlung der Fälle setzt aber voraus, daß die Rechtssätze, aus denen sie sich ergibt, übereinstimmen. Bei der Abstraktheit der Zwischensätze ist es jedoch möglich, daß sich auch gleiche Ergebnisse aus Sätzen ableiten lassen, die sich nur teilweise decken. Nach Hanack muß in diesen Fällen sofort ein Ausgleichsverfahren eingeleitet werden. Das ist insofern nicht vorteilhaft, als keine Widersprüchlichkeit des Ergebnisses Hinweise für die Zweckmäßigkeit der Ausgestaltung der Norm erkennen läßt. Wartet man jedoch solange, bis zwei Fälle ansehen lassen, wo die Schwäche des Rechtssatzes liegt, wird man vermutlich zu besseren Ergebnissen kommen.

Hanacks Auffassung muß auch die Durchführbarkeit der V.vorschriften beeinträchtigen. Denn den Richtern wird dadurch, daß alle geäußerten Ansichten in den Entscheidungen zu beachten sind, bei der Berücksichtigung der bisherigen Judikatur eine untragbare Arbeitslast aufgebürdet. Außerdem wird die Auslegung der Vorentscheidungen erschwert, da das Kriterium der Erheblichkeit wegfällt und die von Hanack angeführten Anhaltspunkte für die Auslegung teils vage sind, teils auch wieder zusätzliche Belastung bringen (wenn nämlich der Richter die Bedeutung der Entscheidung aus ihrer Wirkung in der Öffentlichkeit feststellen soll).

Außerdem muß Hanacks Auffassung beim Stil der heutigen Urteile zu einer Überlastung der Ausgleichsinstanzen führen. Ob die Forderung, auch beiläufige Bemerkungen als Grundlage eines Abweichens anzuerkennen, die von Hanack beabsichtigte pädagogische Wirkung hat, ist fraglich, da die Vorlegungspflicht nicht diejenigen Richter trifft, die weitschweifige Urteile verfassen, sondern diejenigen, die von diesen abweichen wollen.

Diese Argumente sprechen dafür, die allgemeine Auffassung, daß nur ein Abweichen in den tragenden Gründen zur Vorlegung führt, beizubehalten.

B. Die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung als Vorlegungsgründe in § 137 GVG

In Fragen von grundsätzlicher Bedeutung können die BGH-Senate ein Vorlegungsverfahren einleiten, ohne daß eine Divergenz gegeben ist, wenn es entweder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert. Ob diese Vorlegungsgründe gegeben sind, entscheiden allein die vorlegenden Senate nach ihrem Ermessen.

1. Das Vorlegungsrecht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung stellt eine Ergänzung der Vorlegungspflicht nach § 136 dar. Es wird dort von Bedeutung sein, wo eine divergierende Auffassung von einem anderen Senat ausgesprochen wurde, aber § 136 nicht anwendbar ist. Den Hauptfall dürfte die Äußerung der Rechtsansicht in einem obiter dictum bilden.

Wegen der schwierigen Handhabung des § 136 wird § 137 auch da von Nutzen sein, wo Zweifel über die Anwendbarkeit des § 136 bestehen und es um grundsätzliche Fragen geht, deren Klärung durch den Großen Senat angezeigt erscheint. Zu denken wäre an die Fälle, in denen nicht eindeutig ist, ob die geäußerte Rechtsansicht für die Entscheidung erforderlich war, oder in denen der vorlegende Senat trotz eindeutiger Divergenz die Bestimmung des § 136 nicht für anwendbar hält.⁵⁵⁾ Deshalb begründen die Senate in Zweifelsfällen häufig die Vorlegung aus § 136 und aus § 137 zugleich, um eine Zurückweisung zu verhindern.

2. Doch kann die doppelte Begründung der Vorlegung ihren Grund auch darin haben, daß die Frage, über die Divergenzen bestehen, nur einen Teil aus einem ganzen Fragenkomplex bildet, dessen völlige Klärung für die Entscheidung des vorle-

55) Zum Beispiel hat in BGH 10, 94 der vorlegende Senat die Vorlegung aus § 137 begründet, weil er meinte, die Vorlegung nach § 136 sei nicht zulässig, da die divergierende Entscheidung unter Verletzung der V-pflicht ergangen war. Vgl. auch BGH 12, 236.

genden Senats erforderlich ist. In einem solchen Fall wird der Senat außer der streitigen Rechtsfrage weitere Zusatzfragen an den Großen Senat richten.⁵⁶⁾

Dieses Vorgehen dient aber nicht mehr der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung sondern vielmehr der Fortbildung des Rechts. Unter Fortbildung des Rechts ist allgemein die Bildung von Auslegungsgrundsätzen zu verstehen. Dazu gehört die Interpretation des Gesetzestextes, die Ausfüllung von Lücken des Gesetzes oder des Rechts und die Berichtigung fehlerhaften Rechts, also alles, was eine sinnvolle Rechtsanwendung verlangt.⁵⁷⁾ Diese Aufgaben sind nicht nur den Großen Senaten vorbehalten; vor sie wird jeder Richter bei der Fall-Entscheidung gestellt. Nur kommt der Auslegung durch die Großen Senate des BGH im Rechtsleben wegen der Autorität dieser Spruchkörper naturgemäß eine große Bedeutung zu.

Die Aufgabe der Rechtsfortbildung steht nicht im Widerspruch zum Grundsatz der Bindung des Richters an das Gesetz nach Art. 97 GG; denn, wie der BGH ausführt, hat dieser Grundsatz "nicht die Bedeutung der Bindung des Richters an das Gesetz als eine nicht mehr fortbildungsfähige Norm. Die richtige, d.h. dem Recht gemäße Anwendung des positiven Rechts, gestattet dem Richter nicht nur das Recht im Sinne seiner Weiterentwicklung durch Auslegung des gesetzten Rechts fortzubilden, sondern sie verpflichtet ihn sogar dazu, wenn die Findung einer gerechten Entscheidung dies erfordert".⁵⁸⁾

56) Vgl. z.B. BGH 12, 220.

57) Vgl. über die Rechtsanwendung Engisch "Einführung in das juristische Denken", besonders die Kapitel V bis VII.

58) BGHZ 3, 309.

Eine Fortbildung des Rechts durch die Großen Senate wird vor allem dann in Betracht kommen, wenn eine festgefügte Rechtsprechung überprüfungsbedürftig erscheint.⁵⁹⁾ Auch wenn ein Senat an einer ständigen Rechtsprechung des BGH festhalten will, die im Schrifttum angegriffen wird, kann eine Anrufung des Großen Senats angezeigt sein. Dagegen sollte der Große Senat grundsätzlich nicht angerufen werden, wenn es sich um bisher noch nicht entschiedene Rechtsfragen handelt, da eine zu frühe Festlegung der Rechtsprechung in den meisten Fällen nicht wünschenswert ist. Die Problematik der Fragen erschließt sich nämlich selten schon bei ihrem ersten Auftauchen in ihrer ganzen Fülle. Meist erlaubt erst eine Reihe von Fällen zusammen mit der Diskussion in der Wissenschaft ihre endgültige Entscheidung.

3. Auch bei der Vorlegung nach § 137 muß die vorgelegte Frage für die Entscheidung des vorlegenden Senats erheblich sein, was sich schon aus § 138 Abs.3 ergibt, wonach die Entscheidung der Großen Senate für den Senat in der vorliegenden Sache bindend ist. Daraus kann auch entnommen werden, daß sich der Große Senat bei der Vorlegung nach § 137 ebenfalls grundsätzlich auf die notwendige Beantwortung der vorgelegten Frage zu beschränken hat. Doch kann es hier im Einzelfall angezeigt sein, diese Grenze zu überschreiten, um generelle Unklarheiten auszuräumen.⁶⁰⁾

59) Vgl. die Entscheidungen des Großen Strafsenats in BGH 2, 194, in der die Irrtumslehre des RG aufgegeben wurde, und in BGH 1, 158, in der der Begriff des umschlossenen Raumes in § 243 neu definiert wurde. Siehe aber auch BGH 6, 46, wo der Große Senat an der reichsgerichtlichen Rechtsprechung festhält, nach der ein Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten als Unzucht im Sinne der Kuppeleiatbestände anzusehen ist.

60) Vgl. z.B. BGH 11, 139.

3. Abschnitt: Die beabsichtigte Entscheidung

I. Bedeutung der sachlichen Zuständigkeit für die V.pflicht

1. Die OLGe sind nicht in jedem Verfahren in Strafsachen zur Vorlegung verpflichtet.

a) § 121 Abs. 2 sieht eine V.pflicht für das OLG "bei seiner Entscheidung nach Ab. 1 Nr. 1a oder b" vor; d.h. bei der Entscheidung über die Ersatzrevision (§ 334 StPO) gegen die nicht mit der Berufung angreifbaren Urteile der Amtsrichter (§ 313 StPO) und bei der Entscheidung über die Revision gegen die landgerichtlichen Berufungsurteile.

§ 120 Abs. 3 verpflichtet die OLGe als Gerichte des ersten und letzten Rechtszugs in Staatsschutzsachen zur Vorlegung.

b) Keine V.pflicht der OLGe hat das Gesetz in den Verfahren nach § 121 Abs. 1 Nr. 1 c und Nr. 2 vorgesehen; d.h. bei Entscheidungen über die Revision gegen Urteile der großen Strafkammer und des Schwurgerichts, die ausschließlich auf die Verletzung von Landesrecht gestützt wird und bei Entscheidungen über die Beschwerde gegen strafrichterliche Entscheidungen.

aa) Ob der Ausschluß der V.pflicht in dem Verfahren nach § 121 Abs. 1 Nr. 1c sinnvoll ist, muß bezweifelt werden.

Der Gesetzgeber ging bei der Schaffung dieser Regelung davon aus, daß es dem föderativen Prinzip widerspricht, die einheitliche Judikatur in landesrechtlichen Fragen durch ein Bundesgericht zu sichern. Den Ländern ist in § 9 EGGVG selbst die Möglichkeit geboten, für die Vereinheitlichung der landesstrafrechtlichen Rechtsprechung Sorge zu tragen, indem sie ein Oberstes Landesgericht errichten oder die Zuständigkeit in Strafsachen einem einzigen OLG übertragen.

Doch dieser Grundsatz ist in der Gerichtsverfassung nicht streng durchgeführt, denn Landesrecht ist nicht schlechthin

der Rechtsprechung des BGH unzugänglich.

Da die Oberlandesgerichte nach § 121 Abs. 1c zur Entscheidung über die Revision gegen die Urteile der großen Strafkammern und des Schwurgerichts nur dann zuständig sind, wenn die Revisionsrügen sich ausschließlich auf Landesrecht beziehen, hat der BGH, wenn mit der Revision die Verletzung von Bundesrecht u n d Landesrecht gerügt wird, auch die Anwendung des Landesrechts zu überprüfen.¹⁾

Bei dieser Regelung wird es oft von prozessualen Zufällen abhängen, ob der BGH oder das OLG in letzter Instanz über Landesrecht entscheidet. Ist z.B. bei der Revision ein Verfahrensfehler mit zu rügen, entscheidet der BGH, weil die Strafprozeßordnung Bundesrecht ist.²⁾ Oder hat das Urteil sachliches Landes- und Bundesrecht zum Gegenstand, dann hängt es von der Formulierung der Sachrüge ab, ob die Revision an den BGH zum OLG geht. Bei jeder Sachrüge hat das Revisionsgericht die Anwendung des gesamten materiellen Rechts zu überprüfen³⁾; es genügt daher stets die allgemeine Sachrüge. Eine Beschränkung der Sachrüge auf eine bestimmte Rechtsverletzung schränkt die Überprüfungsbefugnis des Revisionsgerichts nicht ein, jedoch wird nur bei Beschränkung der Rüge auf Landesrecht die Zuständigkeit des OLG begründet.

In den Verfahren der OLGe nach § 121 Abs. 1 Nr. 1a oder b, deren Gegenstand sowohl Landes- als auch Bundesrecht sein kann, ist dem Gesetz keine Beschränkung der V.pflicht auf Bundesrecht zu entnehmen.⁴⁾

Die Folge davon ist, daß in den Ländern, in denen mehrere OLGe in Strafsachen entscheiden, der Bundesgerichtshof zur Bereinigung von Divergenzen auch in ihrer landesrechtlichen Rechtsprechung verpflichtet ist. Selbst da, wo die Rechtsprechung auf oberlandesgerichtlicher Ebene bei einem Gericht im Land konzentriert ist, hat bei Divergenzen in landesrechtlichen Fragen zwischen diesem Gericht und dem BGH dieser auf

1) BGH 4, 207.

2) Schw.-Kl., Anm. 2 zu § 121.

3) BGH 1, 46.

4) So grundsätzlich BGH IM Nr. 6 zu § 121.

Grund der V.pflicht das entscheidende Wort zu sprechen.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, daß nach der jetzt herrschenden Auffassung eine V.pflicht auch dann besteht, wenn in der Auslegung von materiell übereinstimmendem Landesrecht verschiedener Länder Divergenzen auftauchen.

Aus alledem ergibt sich, daß der Ausschluß der V.pflicht in den Verfahren nach § 121 Abs. 1 Nr. 1c keineswegs ein wirksames Mittel darstellt, den BGH von der Entscheidung landesrechtlicher Fragen fern zu halten. Er hat vielmehr nur die Wirkung, daß gerade in gewichtigen Verfahren ein Ausgleich von Divergenzen in der Auslegung von Landesrecht unmöglich ist. Eine weitere - sicher nicht bedachte - Folge dieser Regelung ist: Soweit die OLGe in diesem Verfahren Bundesrecht anzuwenden haben, was durchaus keine Ausnahme ist, können sie dabei vom BGH und den anderen OLGEn abweichen, ohne vorlegen zu müssen oder zu können.

Eine Beseitigung dieser unerfreulichen Situation kann de lege ferenda nur dadurch geschehen, daß man die V.pflicht der OLGe auch auf die Verfahren nach § 121 Abs. 1 Satz 1c ausdehnt. Denn solange der BGH landesrechtliche Fragen beurteilt, ist es nicht sinnvoll, Divergenzen zwischen ihm und den OLGEn zu dulden oder ihren Ausgleich nur in verhältnismäßig weniger wichtigen Verfahren zu ermöglichen. Um die Belastung des BGH mit landesrechtlichen Fragen zu vermindern, könnte der Bundesgesetzgeber die Länder mit mehreren OLGEn verpflichten, eine der in § 9 EGGVG genannten Maßnahmen zu ergreifen.

bb) In Beschwerdesachen nach § 121 Abs. 1 Nr. 2 nimmt es der Gesetzgeber bewußt in Kauf, daß die Rechtsprechung der einzelnen OLGe von einander abweichen kann.⁵⁾ Aus den Gesetzesmaterialien läßt sich der Grund für diese Ausnahme von der V.pflicht nicht ersehen. Der BGH versucht⁶⁾ daß der Grund dafür die meist geringere Bedeutung dieser dieser Entscheidungen sei, daneben aber auch, daß diese Entscheidungen vielfach beschleunigt ge-

5) Als Beschwerdeentscheidung ist auch die Entscheidung über die Beschwerde gegen einen Aussetzungsbeschuß nach § 268 a Abs. 1 StPO anzusehen, selbst wenn hier auf Grund einer zulässig eingelegten Revision nach § 305a StPO die Zuständig-

troffen werden müssen. Im Vergleich zu der mit der Vertagung an den BGH verbundenen Verzögerung könnten - nach Auffassung des BGH - insoweit Unterschiede in der Rechtsprechung als das größere Übel erscheinen.

Wahrscheinlich hat der Gesetzgeber angenommen, daß schon durch die Verlegungen in den Verfahren nach § 121 Abs. 1 Nr. 1a und b eine große Belastung des BGH eintreten werde und hat daher die rein prozeßrechtlichen Beschwerdeentscheidungen aus den Verlegungsverfahren ausgeschlossen. So wünschenswert eine Einheit der Rechtsprechung auch in prozessualen Fragen ist, die Einheit des materiellen Rechts erscheint jedenfalls wichtiger, wenn schon eine Auswahl getroffen werden muß. Völlig ausgeschlossen von einer Verlegung sind die Beschwerdeentscheidungen auch bei der geltenden Regelung nicht: Soweit das Urteil auf ihnen beruht, können sie in Revisionsverfahren gemäß § 336 StPO nachgeprüft werden und sind damit einer Verlegung zugänglich.

c) Die §§ 121 Abs. 1, 120 Abs. 1 GVG enthalten keine abschließende Zuständigkeitsregelung der OLGe in Strafsachen. Aus § 335 Abs. 2 StPO ergibt sich, daß die OLGe auch über die Sprungrevision gemäß § 335 Abs. 1 StPO zu entscheiden haben; § 172 Abs. 4 StPO weist den OLGen die Entscheidung über den Antrag im Klageerzwingungsverfahren zu. Nach § 56 Abs. 4 OWiG entscheidet das OLG über die Rechtsbeschwerde in Bußgeldsachen. Weitere Zuständigkeiten ergeben sich aus den §§ 14, 19 StPO, wenn Streit über die Zuständigkeit zwischen mehreren Landgerichten herrscht.

Es ist zu fragen, ob die OLGe in diesen Verfahren bei Abweichungen vorlegungspflichtig sind. Eine Bestimmung über die V.-pflicht trifft nur § 56 OWiG, der in Abs. 5 den § 121 Abs. 2 für die Rechtsbeschwerde in Bußgeldsachen entsprechend anwendbar erklärt.

keit des Revisionsgerichts gegeben ist (so auch Eb. Schmidt, Randn. 17, I-R, Anm. 15 a, jeweils zu § 121). Diese aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen getroffene Verbindung rechtfertigt nicht die Zulassung der Vorlegung.

6) BGH 12, 213

Für die Sprungrevision wird die Anwendbarkeit des § 121 Abs. 2 allgemein anerkannt, da nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift die Einbeziehung erforderlich ist. Es kann für die Einheit der Rechtsprechung keine Rolle spielen, ob in einem Verfahren die zweite Tatsacheninstanz in Anspruch genommen wurde oder ob man auf sie verzichtet hat, weil die Bedenken gegen das Urteil nur in richterlicher Hinsicht bestanden. Der Wortlaut der Vorschrift spricht nicht gegen eine solche, dem gesetzgeberischen Zweck allein Rechnung tragende Auslegung.⁷⁾

Anders verhält es sich in den Fällen der §§ 172 Abs. 4, 14, 19 StPO. Der Ausschluß der V.pflicht bei Beschwerdeentscheidungen weist darauf hin, daß der Gesetzgeber auch in diesen Fällen auf die Vorlegung verzichten wollte, um die Arbeitskraft des BGH für die Erfüllung wesentlicher Aufgaben freizuhalten. Es besteht in diesen Fällen kein größeres Bedürfnis zur Herstellung der Rechtseinheit als im Beschwerdeverfahren. Die Vorlegungspflicht greift nach dem geltenden Recht deshalb hier nicht ein.⁸⁾

Die Oberlandesgerichte sind demnach vorlegungspflichtig, wenn sie entscheiden

im ersten und letzten Rechtszug in Staatsschutzsachen,
über die Ersatzrevision,
über die Berufungsurteile der kleinen und großen Strafkammer,
über die Sprungrevision und
über die Beschwerde im Bußgeldverfahren.

Auf die Art des Rechts kommt es bei der Vorlegung nicht an. So ist insbesondere das Landesrecht von der V.pflicht nicht ausgenommen. Auch wegen zivilrechtlicher Vorfragen muß vorgelegt werden. Im erstinstanziellen Verfahren besteht keine Beschränkung der V.pflicht auf Rechtsfragen aus der dort behandelten Spezialmaterie.⁹⁾

7) BGH 2, 63

8) So für § 14 StPO BGH bei Herlan Goltd. A 1956, 349.

9) BGH MDR 62, 834; so auch Hanack, S. 226.

2. Die V.pflicht des § 136 gilt für die Strafsenate des BGH uneingeschränkt in jedem Verfahren, also bei erstinstanziellen und Revisionsverfahren ebenso wie bei der Entscheidung über Vorlegungsbeschlüsse der Oberlandesgerichte.

Auch das Recht zur Anrufung der großen Spruchkörper nach § 137 besteht bei jeder Zuständigkeit der Senate.

Die Autorität des höchsten Gerichtes erfordert es, daß seine gesamte Rechtsprechung ohne Widersprüche ist.

II. Bedeutung der Entscheidung im Prozeß

Als Entscheidungen im Sinne der V.vorschriften sind - wie auch sonst im GVG und in der StPO - alle Arten gerichtlicher Entscheidungen und Anordnungen anzusehen, also sowohl Urteile als auch Beschlüsse; Verfügungen werden wegen ihrer geringeren Bedeutung nicht in Betracht kommen.^{9a)} - Keine Gerichtsentscheidung ist die Zustimmung des Gerichts nach § 153 Abs. 2 StPO; diese stellt lediglich eine prozessuale Voraussetzung für die Verfügung des Staatsanwalts dar.¹⁰⁾

1. Aber nicht jede Entscheidung, die von den Gerichten in einem Verfahren, für das die V.pflicht besteht, getroffen wird, löst bei einem Abweichen von einer anderen Entscheidung zur Vorlegung.

Bei den oberlandesgerichtlichen V.bestimmungen weist schon der Wortlaut des Gesetzes darauf hin. § 121 Abs. 2 macht das OLG v.pflichtig, wenn es bei "seiner Entscheidung nach Abs. 1 Nr. 1a oder b" abweichen will. Die Entscheidung nach Abs. 1 Nr. 1 ist die Entscheidung über das Rechtsmittel der Revision. Desgleichen spricht § 120 Abs. 3 von einem Abweichen des OLG

9a) Hanack, S. 206, weist darauf hin, daß die Verfügungen - die, wie aus § 304 Abs. 1 StPO ersichtlich ist, nie von Kollegialgerichten erlassen werden - keine Entscheidung des Senats im Sinne von § 136 sind. Für §§ 120 Abs. 3, 121 Abs. 2 hat dieses Argument keine Bedeutung, da dort nur die Entscheidung eines OLG verlangt wird.

10) BGH 12, 213; a.A. jetzt Hanack, S. 230, mit der Begründung, daß die Zustimmung im Regelfall zur Einstellung führt, und (Forts. nächste Seite.)

bei "seiner Entscheidung"; das ist nach Abs. 1 die Entscheidung im ersten und letzten Rechtszug.

Nach dem Gesetzeswortlaut sind die OLGe also nur dann zur Vorlegung verpflichtet, wenn sie bei der Entscheidung, die den Rechtszug abschließt, abweichen wollen.

Dem § 136 kann diese Beschränkung der V.pflicht nicht entnommen werden. Die notwendige absolute Einhelligkeit der Rechtsprechung eines höchsten Gerichts macht es viel mehr erforderlich, daß die BGH-Senate auch bei Zwischenentscheidungen v.pflichtig sind.¹¹⁾ Allerdings werden nur Entscheidungen in selbständigen Zwischenverfahren - d.h. solchen, die sich im Sinne von § 336 StPO nicht auf die Endentscheidung auswirken.^{11a)}

Der Satz, daß nur instanzabschließende Entscheidungen v.pflichtig seien, bedarf jedoch einer Korrektur. Diese ist erforderlich, weil bei der Vorlegung nicht zwei ergangene Entscheidungen voneinander abweichen - wie z.B. bei der Divergenz-Revision im Zivil- und Arbeitsgerichtsverfahren - sondern weil das vorlegende Gericht erst eine Entscheidung erlassen will, die von einer ergangenen Entscheidung abweicht. Wie diese Entscheidung ausfällt, hängt von der Entscheidung im Vorlegungsverfahren ab. Legt ein Senat bei einer beabsichtigten sachlichen Endentscheidung vor, dann hat die Entscheidung im V.verfahren auf den Ablauf des Prozesses keinen Einfluß, sondern nur auf seinen Ausgang. Anders ist es aber z.B., wenn ein Revisionssenat die Revision nach § 349 Abs. 1 StPO durch Beschluß als unzulässig verwerfen will, bei der Beurteilung der Rechtslage aber damit von einem anderen Gericht ab-

den einzigen Akt darstellt, in dem ein Gericht über das Verfahren befindet.

11) BGH 7, 40 lehnt ein V.verfahren nach § 136 beim Erlaß eines Vorlegungsbeschlusses gemäß Art. 126 GG, § 86 Abs. 2 b VerfGG ab, weil § 136 keine solchen Zwischenentscheidungen im Auge habe. Ob der BGH damit - wie KM in Anm. 1b zu § 136 mit Bezugnahme auf Schwarz (bei Schw.-Kl. jedoch nicht mehr zu finden!) annimmt - alle Zwischenentscheidungen von der V.pflicht ausnehmen will, ist nicht ersichtlich.

11a) So auch Hanack, S. 210.

weicht, oder wenn ein erstinstanzliher Senat aus Rechtsgründen gem. § 204 StPO das Hauptverfahren nicht eröffnen will, während es ein anderes Gericht in einem gleichgelagerten Fall eröffnet hat. Da die beabsichtigten Entscheidungen nach § 349 Abs. 1 und § 204 StPO instanzbeendend sind, muß nach allgemeiner Auffassung¹²⁾ vorgelegt werden. In diesen Fällen wird die Instanz aber nur dann beendet, wenn im V.verfahren die Rechtsfrage im Sinne des vorlegenden Senats entschieden wird. Schließt sich dagegen der Spruchkörper, der über die Vorlegung zu entscheiden hat, der Rechtsauffassung der Vor-Entscheidung an, dann kann der Senat seine beabsichtigte Entscheidung nicht erlassen, sondern muß im ersten Fall in die sachliche Revisionsprüfung eintreten und im Revisionsurteil feststellen, daß die Revision zulässig ist und im zweiten Fall die Eröffnung des Hauptverfahrens nach § 203 StPO beschließen.

Besteht die V.pflicht auch, wenn in den vorgenannten Fällen die erkennenden Senate die Auffassung vertreten, daß die Revision zulässig, bzw. das Hauptverfahren zu eröffnen sei und in Vor-Entscheidungen der entgegengesetzte Standpunkt vertreten wird? Der BGH hat das für den positiven Eröffnungsbeschuß nach § 203 StPO bejaht¹³⁾. Er sagt dort, es komme bei den vorlegungspflichtigen Entscheidungen nur darauf an, daß sie den Rechtsgang abschließen k ö n n e n, nicht aber darauf, ob dies im Einzelfall auch geschehe.

Diese Auffassung wurde von Dallinger stark kritisiert¹⁴⁾. Er macht vor allem geltend, man könne den Begriff "Entscheidung", der in den oberlandesgerichtlichen V.bestimmungen zweimal vorkommt - als Entscheidung, bei der abgewichen wird und als Entscheidung, von der abgewichen wird - nicht unterschiedlich deuten.

12) vgl. Eb. Schmidt, Randn. 8, Sch.-Kl., Anm. 3, jeweils zu § 120.

13) BGH 13, 46

14) Allgemein hat der BGH diesen Grundsatz als obiter dictum schon in BGH 12, 213 aufgestellt.

15) MDR 59, 529 ff.; zustimmend Eb. Schmidt, Randn. 8, Schw.-Kl., Anm. 3, jeweils zu § 120; jetzt auch Hanack, S. 231

Die Auffassung ist für die Divergenzrevision, bei der zwei erlassene Entscheidungen vorliegen, unbestreitbar richtig. Aber sie wird nicht der Besonderheit des Vorlegungsverfahrens gerecht.

Beharrt man nämlich auf dem Standpunkt, daß nur instanzabschließende Entscheidungen zur Vorlegung verpflichten, dann hat das zur Folge, daß in den genannten Beispielen jeweils das Hauptverfahren durchgeführt werden muß, ehe beim Erlaß der Endentscheidung die Vorlegung erfolgen kann. Wird dann auf die Vorlegung hin im Sinne der Vor-Entscheidung **erkannt**, war die Durchführung der Hauptverhandlung überflüssig.¹⁶⁾

Im Revisionsverfahren ist das aus prozeßökonomischer Sicht ein Nachteil, während im erstinstanziellen Verfahren neben diesem Gesichtspunkt viel schwerer wiegt, daß der Verdächtige unnötig als Angeklagter vor Gericht gestanden hat, wodurch sein Ansehen ungleich mehr beeinträchtigt wurde als durch ein erfolglos durchgeführtes Vorverfahren. Außerdem ist es möglich, daß sich aufgrund der Hauptverhandlung ergibt, daß es auf die im Eröffnungsbeschluß vertretene Rechtsauffassung bei der Beurteilung des Falles gar nicht ankommt. Der Beschuldigte hat also, wenn er vor das Gericht kommt, nach dessen Rechtsauffassung das Hauptverfahren nicht zu eröffnen ist, wesentlich bessere Chancen, als wenn er vor das Gericht kommt, das die gegenteilige Meinung vertritt.

Dies zeigt, daß man bei Entscheidungen, die je nach dem, ob sie negativ oder positiv ausfallen, das Verfahren beenden oder zur Fortsetzung bzw. zur Eröffnung eines neuen Verfahrensabschnittes oder der Instanz führen, im Falle einer Divergenz die V.pflicht nicht davon abhängig machen kann, wie der erkennende Senat entscheiden will, weil das zu einer uneinheit-

16) Schließt sich der Senat, der über die Vorlegung entscheidet, dem vorlegenden Senat an, dann wird im erstinstanziellen Verfahren in der Regel die Hauptverhandlung zu wiederholen sein, weil die V.Entscheidung nicht in den kurzen Fristen der §§ 229, 268 Abs. 2 StPO einzuholen ist; vgl. BGH 13, 46.

lichen Rechtsanwendung führt und auch prozeßökonomisch unhaltbare Ergebnisse zeitigt.

Es hängt bei diesen Entscheidungen - eine Divergenz vorausgesetzt - nicht vom Willen des vorlegenden Senats ab, ob eine das Verfahren beendende Entscheidung erlassen wird, sondern vom Ausspruch im Vorlegungsverfahren. Warum soll man dann die V.pflicht aber von diesem Willen abhängig machen? Wesentlich ist in diesen Fällen nur, daß über die Beendigungsmöglichkeit divergierende Auffassungen bestehen. Deshalb muß die Sache vorgelegt werden, gleich welchen Standpunkt der erkennende Senat einnimmt. Bei Divergenzen über prozessuale Fragen bedeutet das, daß die Vorlegung stets vor der Sachprüfung erfolgt.

Ergebnis: Die V.pflicht der OLGs und der BGH-Senate entsteht bei allen prozessualen und materiellen Entscheidungen, die die Instanz beenden können. - Nicht erforderlich ist, daß durch die Entscheidung auch das Verfahren abgeschlossen werden kann. Die BGH-Senate sind darüber hinaus auch bei selbständigen Zwischenentscheidungen vorlegungspflichtig.

2. Im oberlandesgerichtlichen V.verfahren bestehen bei einigen Entscheidungen hinsichtlich der V.pflicht Zweifel:

a) Fallen unter die V.bestimmung des § 120 Abs. 3 auch die dem OLG nach § 120 Abs. 1 Satz 2 zugewiesenen Entscheidungen in der Voruntersuchung nach § 73 Abs. 1 GVG? Das ist zu verneinen, weil diese Entscheidungen ausschließlich verfahrensleitender Art sind und die Instanz nicht beenden können.¹⁷⁾

b) Ist als Entscheidung über die Revision auch die Entscheidung nach § 346 Abs. 2 StPO anzusehen? In dieser hat das Revisionsgericht über die Verwerfung der Revision wegen Formmängeln oder wegen Nichteinhaltung der Revisionsfrist durch das Gericht, dessen Urteil angefochten wurde, zu befinden.

17) So auch L-R, Anm. 7a zu § 120.

Der Antrag aus § 346 Abs. 1 Satz 1 StPO, die Verwerfung durch den Tatrichter nachzuprüfen, bringt die Sache vor das an sich zur Entscheidung über das Rechtsmittel berufene Revisionsgericht. Dieses entscheidet nicht als Beschwerdegericht sondern als Revisionsgericht, denn es ist nicht auf die bloße Überprüfung des Beschlusses beschränkt, sondern prüft die Revision auf ihre Zulässigkeit schlechthin.¹⁸⁾

Daher ist die Entscheidung nach § 346 Abs. 2 StPO eine Entscheidung über die Revision. Da sie auch die Instanz beenden kann, besteht bei ihr die Vorlegungspflicht.^{18a)}

c) Strittig ist, ob die Entscheidung über ein Wiedereinsetzungsgesuch wegen Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision nach § 46 Abs. 1 StPO eine Entscheidung im Sinne des § 121 Abs. 2 ist. Das wird überwiegend mit dem Argument abgelehnt, daß diese Entscheidung nicht die Revision, sondern eine Vorfrage betreffe.²⁰⁾ Es ist jedoch nicht einzusehen, warum die Entscheidungen über solche Vorfragen nicht auch zu den vorlegungspflichtigen Entscheidungen gehören sollen, nachdem sie einmal im Verlauf des Revisionsverfahrens entschieden werden müssen. Sie bilden einen Teil der Revisionsprüfung, die man nicht willkürlich in zwei Teile trennen kann.²¹⁾

Da die Entscheidung nach § 46 StPO genauso wie eine Entscheidung nach § 346 Abs. 2 StPO das Verfahren endgültig beenden kann, ist auch sie eine vorlegungspflichtige Entscheidung.

d) Einen weiteren strittigen Fall bildet die Einstellung des Verfahrens außerhalb der Hauptverhandlung nach § 206 a StPO, wenn sie in der Revisionsinstanz erfolgen soll. Eberhard

18) TGH NJW 58, 509.

19) Bay. OLG 1953, 265, Eberhard Schmidt Randn. 17, L-R. Anm. 15a Schw.-Kl. Anm. 4, jeweils zu § 121

20) So auch Herlan in der Anmerkung zu der genannten Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts in JR 54, 353.

18a) So jetzt auch Hanack, S. 222 f.

Schmidt²¹⁾ will für diese Entscheidung die V.pflicht gelten lassen, wenn das Verfahrenshindernis vor dem angefochtenen Urteil vorgelegen hat, vom Vorderrichter aber übersehen worden ist; denn nur in diesem Fall stelle ein solcher Beschluß zugleich eine Entscheidung über die Revision dar. Schäfer²²⁾ unterscheidet noch feiner und erachtet die Entscheidung für die Vorlegungsvorschriften auch dann für irrelevant, wenn die Einstellung ohne entsprechende Revisionsrüge von Amts wegen erfolgt, da sie dann keine Entscheidung über die Revision d.h. die von ihr gerügte Gesetzesverletzung enthalte. Diese Unterscheidungen sind an sich zutreffend, sie spielen aber für die Vorlegungsvorschriften keine Rolle, denn man kann die Beseitigung von Widersprüchen in der Rechtsprechung nicht davon abhängig machen, ob das Gericht oder der Revisionsführer das Verfahrenshindernis zuerst bemerkt, oder ob ein Verfahrenshindernis vor oder nach der Einlegung der Revision entstanden ist. Daher ist die Entscheidung nach § 206 a StPO in der Revisionsinstanz in jedem Fall eine v.pflichtige Entscheidung.

21) Eb. Schmidt, Randn. 18 zu § 121; so jetzt auch Hanack, S.

223.

22) L-R, Anm. 15 a zu § 121.

4. Abschnitt: Die Vor-Entscheidung

A Die zur Vorlegung verpflichtenden Entscheidungen

I. Der Kreis der zu beachtenden Entscheidungen

1. Die Oberlandesgerichte müssen sowohl nach § 121 Abs. 2 als auch nach § 120 Abs. 3 vorlegen, wenn sie "von einer nach dem 1. April 1950 ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichtes oder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes abweichen" wollen. Der Wortlaut des Gesetzes rechtfertigt hinsichtlich der Vor-Entscheidungen keine unterschiedliche Auslegung. Auch sachlich steht einer übereinstimmenden Auslegung der beiden Vorschriften nichts entgegen. Denn die erstinstanziellen Senate sprechen zwar in einer Spezialmaterie Recht, aber sie haben auch Fragen zu beurteilen, die die Revisionsenate ebenso beschäftigen - etwa aus dem Allgemeinen Teil des StGB oder aus dem Verfahrensrecht. Der Gesetzgeber wollte durch den § 120 Abs. 3 nicht nur eine gleichmäßige, mit dem BGH übereinstimmende Rechtsanwendung der OLGs in erstinstanziellen Sachen sichern, sondern überhaupt ein Auseinandergehen in der Rechtsprechung der OLGs und des BGH in Strafsachen ausschließen.¹⁾ Deshalb müssen im V.verfahren nach § 120 Abs. 3 und im V.verfahren nach § 121 Abs.2 die gleichen Entscheidungen als Vor-Entscheidungen beachtlich sein.^{1a)}

Unter BGH-Entscheidungen sind nicht nur die Entscheidungen der Strafsenate zu verstehen - und zwar gleichgültig, ob es sich um Revisions-, Vorlegungs- oder erstinstanzielle Entscheidungen handelt - , sondern auch die Entscheidungen der Zivilsenate²⁾ und die Beschlüsse der Großen und Vereinigten Großen Senate. Das ergibt sich auch daraus, daß die Strafsenate des BGH nicht von den Zivilsenaten und den Großen Spruchkörpern abweichen dürfen.

1) L-R Anm. 7 a zu § 120.

2) BGH LM Nr. 18 zu § 121 - BGH 13, 373.

1a) So auch Hanack, S.230.

Im Zweifel ist daher anzunehmen, daß die Auffassung eines Zivilsenats auch den Strafsenaten zu eigen ist. Gegenüber den Untergerichten bildet der BGH ein einheitliches Gericht.³⁾

Auch hinsichtlich der OLG-Entscheidungen nimmt das Gesetz keine Einschränkung vor, wenn man von der zeitlichen Begrenzung absieht.⁴⁾ Nach dem Gesetzeswortlaut wäre demnach im Hinblick auf die V.pflicht jede OLG-Entscheidung zu beachten, da die Beschränkung auf die Fälle des § 121 Abs. 1 Nr. 1 a und b nur für die Entscheidungen des vorlegenden Gerichts getroffen wurde.⁵⁾ Mit Recht hat sich hier aber die Rechtsprechung und das Schrifttum für eine einschränkende Auslegung dahin ausgesprochen⁶⁾, daß nur die Entscheidungen nach § 120, die Revisionsentscheidungen nach § 121 Abs. 1a und b und die Entscheidungen über die Sprungrevision zu beachten seien.

Denn es besteht kein Grund für die ungleiche Behandlung der Entscheidungen: Wenn ein OLG bei wichtigen Revisionssachen an die weniger wichtigen Beschwerdeentscheidungen gebunden sein sollte, warum sollte es dann bei den weniger wichtigen Beschwerdeentscheidungen an die wichtigen Revisionsentscheidungen nicht gebunden sein?⁷⁾ Daraus ergibt sich, daß der Kreis der zu beachtenden Vor-Entscheidungen dem Kreis der Entscheidungen entsprechen muß, bei denen eine V.pflicht besteht.^{7a)} Keine Bindung besteht daher auch gegenüber Entscheidungen der oberlandesgerichtlichen Zivilsenate.⁸⁾

3) Allgemeine Auffassung, vgl. den Nachweis in der Anmerkung von Geier zu BGH LM Nr. 18 zu § 121.

4) Diese war erforderlich, um den BGH nicht gleich bei Beginn seiner Tätigkeit mit Vorlegungsbeschlüssen zu überhäufen.

5) Anders § 28 Abs. 2 FGG, der "von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung" eines OLG spricht.

6) Anderer Ansicht nur OLG Braunschweig NJW 54, 1344.

7) L-R Anmerkung 17 zu § 121.

7a) So auch Hanack, S. 225.

8) Bay ObLGE 1955, 77, OLG Oldenburg NJW 60, 303.

Zweifelhaft ist, wie weit die analoge Anwendung des § 121 Abs. 2 nach § 56 Abs. 5 OWiG geht. Soll das im Bußgeldverfahren entscheidende OLG an Revisions- und erstinstanzielle Entscheidungen gebunden sein und umgekehrt? Das Hanseatische OLG sprach sich für die Unabhängigkeit beider Verfahren aus.⁹⁾ Dagegen wandte Schramm¹⁰⁾ ein, daß eine solche Trennung zu einer unerfreulichen Rechtsunsicherheit führe, weil in manchen strafrechtlichen Nebengebieten - z.B. im Devisenrecht - dieselben Tatbestände für Straftaten und Ordnungswidrigkeiten gelten und die Qualifizierung nach der einen oder anderen Richtung lediglich von gewissen, außerhalb der Tatbestände liegenden Umstände abhängt. Deshalb wäre es besonders unerfreulich, wenn hier die Rechtsprechung auseinanderginge. Da der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegensteht, ist eine Verzahnung der vorlegungspflichtigen Entscheidungen nach § 56 Abs. 5 OWiG mit denen nach § 120 Abs. 3 und § 121 Abs. 2 zu befürworten.

Als vorlegungserheblich sind daher anzusehen: Revisionsentscheidungen nach § 121 Abs. 1 Nr. 1 a und b, die Entscheidungen über die Sprungrevision, die erstinstanziellen Entscheidungen und die Entscheidungen über die Rechtsbeschwerden im Bußgeldverfahren, gleich in welchem Verfahren die Vorlegungspflicht entsteht.

2. Nach dem Absatz 1 des § 136 sind für die Strafsenate des BGH die Entscheidungen eines anderen Strafsenats oder des Großen Strafsenats zu beachten. Eine Unterscheidung zwischen Entscheidungen im ersten Rechtszug, Entscheidungen im Vorlegungsverfahren und Revisionsentscheidungen macht das Gesetz nicht. Lobe¹¹⁾ wollte die Entscheidungen der erstinstanziellen Senate aus § 136 ausschließen, weil diese Senate als Tatgerichte fungierten, die ihre Entscheidungen nach § 263 StPO mit Zweidrittelmehrheit fällten, während die Revisionssenate nach § 196 GVG mit absoluter Mehrheit entschieden. Auch habe der Gesetzgeber den § 136 nur für die Revisionssenate geschaffen, weil es damals noch

9) Deutsche Devisenrundschau 54, 90.

10) Deutsche Devisenrundschau 54, 110.

11) Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bnd. 20 (1927), S. 212.

gar nicht die Einrichtung der erstinstanzlichen Senate gab. Weiter gelte es zu bedenken, daß hier eine Aussetzung des Verfahrens für den Angeklagten bedeuten könne, daß er inzwischen ein halbes Jahr und länger in Untersuchungshaft bleiben müsse.

Der Gesetzgeber hat inzwischen durch die Schaffung des § 120 Abs. 3 gezeigt, daß er eine Anwendung des Vorlegungsverfahrens für ein Tatgericht durchaus billigt und dessen Durchführung für möglich hält. Bei Haftsachen kann durch die Geschäftsordnung eine wesentliche Abkürzung der Vorbereitung des V.verfahrens bestimmt werden. Es ist Jochen Schröder recht zu geben, wenn er sagt ¹²⁾, daß die bloße Existenz einer abweichenden höchstrichterlichen Entscheidung Rechtsunsicherheit schaffe, ohne daß es dabei auf die Entstehungsgeschichte dieses Urteils ankommt. - Die Auffassung Lobes, die auch im Gesetz keine Stütze findet, ist aus diesen Gründen abzulehnen. ^{12a)}

Nach § 136 Abs. 2 besteht für die Strafsenate auch gegenüber den Entscheidungen der Zivilsenate die Vorlegungspflicht. Damit ist gesagt, daß Strafsenate des BGH ¹³⁾ beim Abweichen von jeder anderen Entscheidung eines BGH-Senats vorliegen müssen, gleich in welchem Verfahren die Entscheidung ergangen ist.

Hinsichtlich der Form und der prozessualen Bedeutung der zu beachtenden Entscheidungen gilt grundsätzlich für alle Vorlegungsvorschriften das gleiche, was im vorigen Abschnitt für die beabsichtigte Entscheidung ausgeführt wurde; denn die Entscheidungen des vorlegenden Gerichts und die Entscheidungen, von denen abgewichen wird, müssen übereinstimmen, damit eine sinnvolle Handhabung der Vorlegungsvorschriften erreicht wird. Eine Änderung ergibt sich nur insofern, als hier bereits ergangene Entscheidungen vorliegen, so daß nicht darauf abzustellen ist, ob sie die Instanz beenden k ö n n e n , sondern darauf, ob sie die Instanz beendet haben.

12) NJW 59, 1518.

13) Entsprechendes gilt für die Zivilsenate.

12a) So auch Hanack, S.208 f.

II. Die Entscheidungen a n d e r e r Spruchkörper

Die Vorlegungsvorschriften kennen keine Bindung der Spruchkörper an ihre eigenen Entscheidungen, da unser Rechtssystem - anders als das case-law keine so starke Festlegung des Rechts durch Gerichtsentscheidungen erfordert. Die Vorlegungsvorschriften sollen nicht die Rechtsentwicklung hemmen, sondern nur eine widersprüchliche Rechtsentwicklung verhindern. Wenn ein Gericht deshalb zu der Erkenntnis kommt, daß seine bisherige Meinung nicht richtig ist, so soll es sie ändern können. Nur bei der Abweichung von "anderen" Spruchkörpern entsteht die Vorlegungspflicht.

1 a) Für die Oberlandesgerichte sind nur die Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte innerhalb der Bundesrepublik nicht dagegen der ostzonalen Oberlandesgerichte¹⁴⁾ beachtlich, weil diese aus dem Rechtskreis der Bundesrepublik ausgeschieden sind.¹⁵⁾ Von den in der Bundesrepublik existierenden 18 Oberlandesgerichten¹⁶⁾ spielen die bayerischen OLG (München, Bamberg, Nürnberg) für die Vorlegungsvorschriften im Strafprozeß keine Rolle, weil Bayern von der Möglichkeit des § 9 EGGVG Gebrauch gemacht hat und die zur Zuständigkeit der OLG gehörenden Entscheidungen in Strafsachen dem Obersten Landesgericht zugewiesen hat¹⁷⁾. Dieses ist demnach auch "Oberlandesgericht" im Sinne der Vorlegungsvorschriften.

Das Berliner Kammergericht gilt ebenfalls als Oberlandesgericht im Sinne der Vorlegungsvorschriften, obwohl das Rechtsvereinheitlichungsgesetz und das 1. Strafrechtsänderungsgesetz für Berlin nicht direkt Geltung erlangt haben.¹⁸⁾

14) a.A. Schlegelberger Anm. 6 zu § 28 FGG für das FG-Verfahren. Nach richtiger Auffassung binden auch im FG-Verfahren nur Entscheidungen dieser Gerichte die vor der Trennung der Besatzungszonen in verschiedene Rechtsgebiete ergangen sind, vgl. OLG Hamm MDR 52, 757.

15) Die Vorschriften der §§ 121 Abs. 2, 120 Abs. 3 sind vom Gesetzgeber der Bundesrepublik erlassen worden; in der sog. DDR existieren keine entsprechenden Bestimmungen.

16) Celle, Hamm, Köln, Düsseldorf, Frankfurt, München, Bamberg, Nürnberg, Stuttgart, Karlsruhe, Braunschweig, Oldenburg, Hamburg, Bremen, Koblenz, Neustadt, Schleswig und Saarbrücken.

17) Art. 22 Bayr. AGGVG vom 17.11.1956 (Bay BS III S. 3).

18) vgl. dazu Werthauer JR 51, 205.

Die Vorlegungspflicht der Oberlandesgerichte ist insoweit lückenhaft, als sie nur bei einem Abweichen von Entscheidungen eines anderen OLG eingreift, während das Abweichen von Senaten desselben Gerichtes unbeachtlich ist.¹⁹⁾ Diese Lücke besteht auch bei den oberlandesgerichtlichen Vorlegungsvorschriften im FG-Verfahren²⁰⁾, sie war auch schon im ersten Entwurf von 1929 vorhanden²¹⁾. Schäfer²²⁾ und Kern²³⁾ wollen diese Lücke schließen, indem sie die Worte "Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichtes" im Sinne von "anderen oberlandesgerichtlichen Entscheidungen" verstanden wissen wollen. Nach Ansicht Schäfers hat der Gesetzgeber diesen Wortlaut nicht gewählt, weil damit auch eine - nicht gewollte - Bindung des Senats an seine eigenen früheren Entscheidungen entstanden wäre. Der gesetzgeberische Gedanke, Kontroversen zwischen letztinstanzlich entscheidenden oberen Gerichten nach Möglichkeit auszuschließen, meint Schäfer, spräche zugunsten seiner Auffassung. Mit Recht wird diese Meinung allgemein abgelehnt.²⁴⁾ Der Gesetzgeber kann diese Lücke nicht übersehen, sondern nur gewollt haben, denn im Vorläufer des § 121 Abs. 2, im § 35 DVO zur Milreg.VO Nr.98 für die britische Besatzungszone hieß es: "von einer Entscheidung eines anderen Strafsenats desselben OLG oder des Strafsenats eines anderen OLG"; auch war das Problem von den Entwürfen der zwanziger Jahre und von den entsprechenden Vorschriften im FG-Verfahren bekannt. Wenn sich der Gesetzgeber also zu der jetzt geltenden Fassung der Bestimmung entschlossen hat, dann hat er die Abweichungsfreiheit innerhalb desselben OLG in Kauf genommen. Die Auslegung Schäfers widerspricht dem Gesetzestext und eine solche Auslegung verbietet sich grundsätzlich.^{24a)}

19) BGH 10,111 .

20) vgl. Keidel Anm. 3 c zu § 28 FGG.

21) vgl. oben S.

22) L-R Anm. 16 d zu § 121.

23) Gerichtsverfassungsrecht, S. 161.

24) Eb. Schmidt, Rn. 12, Schw.-Kl. Anm. 5 KM Anm. 4, jeweils zu § 121, Baur JZ 53, 327, Sarstedt S. 37.

24a) Hanack, S. 311 ff., schließt sich Schäfer an. Diese Auffassung ist mit dem Grundsatz der Bindung des Richters an das Gesetz unvereinbar. Einer der seltenen Fälle, in denen sich der Richter über den Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen darf - vgl. dazu Engisch, Einführung, S. 169 ff. - liegt hier nicht vor.

Der Gesetzgeber ging vermutlich von der Erwägung aus, daß sich die einzelnen Senate eines OLG gegenseitig über ihre Rechtsprechung informieren können und Divergenzen daher vermeidbar sind. Denn daß er Abweichungen innerhalb eines OLG billigen wollte, ist nicht anzunehmen. Solche Divergenzen sind weit weniger erträglich als die zwischen zwei OLG, weil die Untergerichte und die Anwaltschaft im Oberlandesgerichtsbezirk dadurch stärker irritiert werden. Wie in einer Glosse zu diesem Thema in der NJW ²⁵⁾ zutreffend bemerkt wird, kann eine gegensätzliche Rechtsprechung innerhalb eines Gerichts für die Betroffenen und das Ansehen der Justiz unter Umständen katastrophale Folgen haben. Es richtet sich dann nach der Geschäftsverteilung, ob jemand verurteilt oder freigesprochen wird. Nach welchem Urteil sollen sich jene Staatsbürger richten, die sich, um Gesetzesverstöße zu vermeiden, an den Spruch der Gerichte zu halten bemüht sind? Und wie soll ein Nicht-Jurist verstehen, daß hier nicht reine Willkür vorliegt?

Die Fälle von Divergenzen innerhalb eines OLG werden in der Regel nicht zahlreich sein, aber sie kommen doch vor.²⁶⁾ Nach dem geltenden Recht lassen sie sich jedoch nur durch privaten Ausgleich der Auffassungen zwischen den Richtern vermeiden. Eine Ausnahme davon besteht da, wo ein Oberstes Landesgericht errichtet ist. Nach § 10 EGGVG kann der Landesgesetzgeber für dieses eine entsprechende Anwendung der §§ 136 bis 138 GVG bestimmen. Bayern hatte von dieser Möglichkeit in den §§ 13, 14 des Gs.Nr. 124 i.d.F. des Gesetzes vom 23.11.1953 ²⁷⁾ Gebrauch gemacht. Allerdings wurden diese Bestimmungen durch Art. 42 AGGVG ²⁸⁾ wieder aufgehoben. Wollte ein Landesgesetzgeber für die Oberlandesgerichte entsprechende Bindungen vorschreiben, würde das einen seine Befugnisse überschreitenden Eingriff in die bundesrechtlich geregelte Materie des GVG bedeuten.²⁹⁾

25) NJW 58, 51. H.H. "Einheitliche Rechtsprechung?"

26) vgl. den in der zitierten Glosse behandelten Fall des OLG Hamm und die Zusammenstellung von Divergenzen innerhalb des OLG Dresden von A. Weber in JW 1929, S. 2678.

27) GVBl. 1953, S. 191.

28) Bay BS II S. 1.

29) L-R Anm. 14 b zu § 121.

Bestandteil eines OLG ist auch ein nach § 116 Abs. 2 GVG gebildeter detachierter Senat. Dadurch, daß dieser seinen Sitz meist in erheblicher Entfernung vom OLG hat, ist zwar die Bereinigung gegensätzlicher Rechtsauffassungen durch persönliche Aussprache der Richter erschwert. Trotzdem können diese Senate keine Sonderstellung einnehmen, sie bleiben ein Bestandteil des OLG ³⁰⁾. Das entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, wie sich e contrario aus Art. 8 III Nr. 100 des Rechtsvereinheitlichungsgesetzes schließen läßt, wo bestimmt ist, daß der Nebensitz Karlsruhe des OLG Stuttgart mit Wirkung bis zum 31.12.1951 als selbständiges OLG anzusehen sei. Kein anderes OLG im Sinne der Vorlegungsvorschriften ist ein OLG, das aufgehoben wurde für dasjenige OLG, das seine territoriale Nachfolge angetreten hat. ³¹⁾ Wenn das OLG vom aufgelösten OLG abweicht, verhält es sich ebenso, wie wenn es seine eigene Rechtsprechung aufgibt, da die Zuständigkeit des aufgelösten OLG auf das entscheidende OLG übergegangen ist.

b) Für die strafprozessualen Vorlegungsvorschriften der OLGs kommt nur die Abweichung von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Betracht; nicht vorzulegen brauchen sie beim Abweichen von Entscheidungen des RG, des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone, des Deutschen Obergerichts für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet, ³²⁾ wie sie es bei den V.vorschriften im FG-Verfahren nach ständiger Rechtsprechung des BGH ³³⁾ tun müssen. Auch Entscheidungen von anderen oberen Bundesgerichten nötigen nicht zur Vorlegung.

2. Beim BGH bestehen zur Zeit fünf Strafsenate. In den Gerichtsferien tritt an die Stelle der ordentlichen Senate der Ferien-Senat ³⁴⁾. Während bei den acht Zivilsenaten die Geschäftsverteilung nach Sachgebieten erfolgt, hat sich bei den Strafsenaten,

30) Nur für die örtliche Zuständigkeit - die durch Geschäftsverteilungsmaßnahmen nicht abgeändert werden kann - haben sie die Rechtsstellung eines selbständigen Gerichts; bei Streit über die Zuständigkeit zwischen Senat und OLG muß der BGH entscheiden, vgl. Eb.Schmidt Anm. 6, L-R Anmerk. 2, jew. z. § 116

31) L-R Anm. 16 d zu § 121; RGZ 148, 207 (zu § 28 Abs. 2 FGG).

32) L-R Anm. 16 a zu § 121.

33) vgl. BGH LM Nr. 6 und 9 zu § 28 Abs. 2 FGG; a.A. BayOBLGZ 51, 313.

34) § 21 Geschäftsordnung des BGH.

soweit sie als Revisionssenate tätig sind, eine regionale Verteilung der Geschäfte nach Oberlandesgerichtsbezirken als zweckmäßig erwiesen ³⁵⁾. Nur zwei größere Sachgebiete sind zur Erledigung je einem Senat speziell übertragen: Für alle Staatschutzsachen - in erster Instanz nach § 134 GVG und als Revisionsgericht für die Entscheidungen der Landgerichte nach § 74 a GVG - ist jetzt der erste Senat zuständig. Der vierte Senat behandelt neben einer beschränkten Anzahl von allgemeinen Revisionssachen alle Verkehrsstrafsachen ³⁶⁾.

Der fünfte Strafsenat wurde gemäß § 130 Abs. 2 GVG mit Sitz in Berlin gebildet ³⁷⁾; das hat auf seine Stellung zu den anderen Strafsenaten jedoch keinen Einfluß ³⁸⁾.

Unter dem Senat eines Gerichtes versteht man einen nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen gebildeten und zusammengesetzten Spruchkörper zur Entscheidung einzelner Rechtssachen. Drei Komponenten bestimmen einen Senat: Die Bezeichnung (formelle Komponente), die Mitglieder (personelle Komponente) und der Geschäftsbereich (materielle Komponente).

Was ein anderer Senat im Sinne des § 136 GVG ist, läßt sich unter den bestehenden Senaten leicht bestimmen. Schwierigkeiten ergeben sich erst, wenn infolge richtsorganisatorischer Maßnahmen, sei es Umbenennung, anderer Geschäftsverteilung oder Richterwechsel, Veränderungen eintreten. Dann stellt sich die Frage, wann ein Senat zu einem anderen Senat wird. Die personelle Komponente kann nicht ausschlaggebend dafür sein, denn die Institution des Senates ist - wie jede andere Behörde - vom Wechsel der Mitglieder unabhängig. Auch die Änderung des Geschäftsbereiches macht den Senat grundsätzlich nicht zu einem anderen. Maßgebend wird im allgemeinen die Bezeichnung des Senates sein, denn sie ist bei der Schaffung eines Senates das Primäre; Geschäftsverteilung und Besetzung sind sekundär.

35) Diese Art der Geschäftsverteilung wurde vom Reichsgericht übernommen.

36) vgl. den Geschäftsverteilungsplan des BGH für das Jahr 1963, abgedruckt in Banz. 1963 Nr. 17.

37) Aufgrund der Anordnung des Bundesjustizministers vom 8.12.1951 (Banz 1951 Nr. 240).

38) Anders als bei den auswärtigen Senaten der OLGe besteht hier keine Besonderheit bzgl. der Geschäftsverteilung; vgl. Schw.-Kl. Anm. 2 zu § 130 GVG.

Der Senat wird nicht als Senat des Präsidenten A und der Senatsmitglieder B,C,D,E,F oder als Senat zur Entscheidung über die Revisionen aus bestimmten OIG-Bezirken geschaffen, sondern er wird als x.ter Senat des BGH ins Leben gerufen. Auch ist die Benennung des Senates die konstanteste Komponente, da ein Richterwechsel häufiger und eine Neubestimmung der Geschäftsverteilung alljährlich erfolgen. 38a)

Die Bezeichnung des Senates spielt aber keine Rolle, wenn eine ausdrückliche Umbenennung vorgenommen wird. So führt gemäß dem Beschluß des Präsidiums des BGH vom 20.9.1956 der 6. Strafsenat vom 1.10.1956 ab die Bezeichnung "3. Strafsenat". Deshalb ist er trotzdem derselbe geblieben.

Problematisch wird die Bestimmung des Senats nach seiner Bezeichnung für die Vorlegungsvorschriften dann, wenn ein Senat mit einer Spezialmaterie befaßt ist. So war beim BGH der 2. Strafsenat bis zum 28.2.1954 für Staatsschutzsachen allein zuständig, von da ab war es der 6. Senat, der heute den Namen 3. Senat führt. Soll der heutige 3. Senat bei einem Abweichen von Entscheidungen des 2. Senats, die dieser bis 1954 in Staatsschutzsachen erlassen hatte, vorlegen? Mit Recht wird das verneint.

Denn die Staatsschutzsachen bilden ein geschlossenes Sachgebiet, in dem nur der Senat, dem dieses Gebiet nach der Geschäftsverteilung zugeteilt ist, entscheidet. Bei Übertragung dieses Sachgebietes an einen anderen Senat fällt diesem die Aufgabe allein zu, die Rechtsprechung auf diesem Gebiete weiter zu entwickeln, und hierbei, soweit dies erforderlich ist, die Richtigkeit der vorgefundenen Rechtsprechung des bisher zuständigen Senates zu überprüfen. Die Befugnis schließt aber notwendig auch das Recht ein, die eigene Meinung an Stelle der bisherigen Rechtsansicht zu setzen ³⁹⁾, ohne deshalb den Großen Senat anrufen zu müssen. Denn der Senat entscheidet hier an Stelle des bisher zuständigen Senats und der Fall ist nicht anders zu beurteilen, als eine Abweichung des Senats von einer eigenen Entscheidung. 39a)

38a) Hanack, S. 296, sieht als wesentliche Komponente den Geschäftsbereich an; dabei hat er vermutlich die Geschäftsverteilung nach Sachgebieten bei den Zivilsenaten im Auge.

39) BGH 7, 109; vgl. auch die Anmerkung von Gelhaar zu BGH LM Nr.7 zu § 930 BGB.

39a) So auch Hanack, S. 296.

Es besteht deshalb die Notwendigkeit, bei Sachgebietsnachfolge den bisher mit der Materie befaßten Senat nicht als anderen Senat im Sinne des §136 anzusehen. Eine Gefährdung der Einheit der Rechtsprechung bringt diese einschränkende Auslegung nicht.

Neben dem 3. Strafsenat betrifft dieses Problem auch den 4. Strafsenat, bei dem die Rechtsprechung in Verkehrsstrafsachen konzentriert wurde. Ihm wird richtigerweise die Befugnis zugestanden, von früheren Entscheidungen anderer Senate in Verkehrsstrafsachen ohne Anrufung des Großen Senates abzuweichen ⁴⁰⁾.

Das Recht der Spezialsenate bezieht sich aber nur auf ihr Spezialgebiet selbst, nicht dagegen auf allgemeine Fragen, über die auch die anderen Senate zu befinden haben. Die Trennung wird nicht immer einfach sein, denn das Recht ist ein Organismus, den man nicht wie einen toten Körper sezieren und in Stücke schneiden kann. Gerade auf dem Gebiete des Verkehrsstrafrechts wird das deutlich, weil man hier die Verhältnisse wegen ihrer Vielfalt nicht in starren Bestimmungen sondern nur durch elastische Regeln erfassen kann. Ein Großteil der Fälle ist hinsichtlich der subjektiven Seite - insbesondere des Vorliegens von Fahrlässigkeit - in der rechtlichen Beurteilung problematisch. Mit dem strafrechtlichen Begriff der Fahrlässigkeit müssen aber alle Strafsenate arbeiten; man kann diesen Begriff auch nicht in einem verkehrsrechtlichen und einen allgemein strafrechtlichen Teil trennen, ⁴¹⁾ da die Veränderung des Umfangs des Begriffs auch seinen Inhalt wandelt. Daher ist vorzulegen, wenn die Frage nicht ausschließlich im Spezialgebiet auftaucht. ^{41a)} Auch ist die Zuständigkeit in einem Sachgebiet niemals absolut. Ein anderer Senat kann immer wieder einmal mit einer Rechtsfrage aus dem Spezialgebiet befaßt werden, sei es infolge Verbindung mehrerer Strafsachen oder in einem Zivilprozeß. Will in einem solchen Fall ein Senat vom Spezialsenat abweichen, muß er vorlegen ⁴²⁾. Ebenso muß der Spezialsenat vorlegen, wenn

40) BGH 11, 199; 12, 75.

41) vgl. Schalscha MDR 59, 90.

42) vgl. Kleinknecht JZ 59, 180.

41a) Hanack, S. 298 f., lehnt selbst das ab.

ein anderer Senat in seinem Sachgebiet eine Entscheidung erlassen hat und er von dieser abweichen will. Denn ein Monopol zur Entscheidung von Fragen aus dem ihm zugeteilten Sachgebiet besitzt ein Spezialsenat nicht. Alle Senate sind nur Bestandteile des BGH und leiten ihre Zuständigkeit von seiner gesetzlichen Zuständigkeit ab. Das äußert sich auch darin, daß Strafsenate bindend Zivilrechtsfragen entscheiden können und umgekehrt, wie die Vorlegungspflicht nach § 136 Abs 2. zeigt.

B Möglichkeiten der Beachtung von Vor-Entscheidungen

I. Keine Beschränkung der Vorlegungspflicht auf veröffentlichte Entscheidungen

Die Vorlegungsvorschriften im Strafprozeß machen keinen Unterschied zwischen veröffentlichten und unveröffentlichten Vor-Entscheidungen⁴³⁾; § 136 spricht einfach von "Entscheidungen"; die §§ 121 Abs.2 und 120 Abs.3 fordern eine "ergangene Entscheidung". Daher verpflichten auch unveröffentlichte Entscheidungen zur Vorlegung, wenn das Gericht von ihnen Kenntnis erhalten hat. Das kann z.B. durch zuverlässige Zeitungsmeldungen, Mitteilung von Prozeßbeteiligten, Auftauchen in anderen Prozessen u. dergl. erfolgt sein. In diesen Fällen ist das Gericht verpflichtet, sich genau über die Entscheidungen zu informieren und gegebenenfalls eine Abschrift davon anzufordern. Die Erhaltung der Rechtseinheit erfordert es, daß jedes Mittel zur Erfüllung der V.pflicht genutzt wird^{43a)}. Im wesentlichen beschränkt sich die V.pflicht - jedenfalls die der Oberlandesgerichte - aber doch auf veröffentlichte Entscheidungen. Die Voraussetzung zur Vermeidung von Divergenzen ist, daß den BGH-Senaten und den OLGern ausreichende Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um sich über das Vorhandensein von Vor-Entscheidungen zu informieren. Im folgenden wird eine Übersicht über die verschiedenen Publikationsmittel für Entscheidungen gegeben.

43) Von den geltenden V.vorschriften sieht nur § 64 Abgabenordnung eine Beschränkung auf veröffentlichte Entscheidungen vor. Der 2. Entwurf von 1930 (vgl. oben S. 22) wollte die V.pflicht der OLGs auf das Abweichen von RG-Entscheidungen, die in der amtlichen Sammlung enthalten waren, beschränken.

43a) S6 auch Hanack, S. 136.

II. Das Auffinden von BGH-Entscheidungen

1. § 18 der Geschäftsordnung des BGH bestimmt die von Amts wegen zu treffenden Maßnahmen zum Auffinden von Entscheidungen. Die Vorschrift lautet:

" I. Nach näherer Weisung des Präsidenten des BGH wird je ein Nachschlagewerk in Zivilsachen und in Strafsachen geführt.

II. In den Nachschlagewerken sind zu vermerken alle Entscheidungen der Großen Senate und der Vereinigten Großen Senate, sowie diejenigen Entscheidungen der einzelnen Senate, die sich mit wichtigeren Rechtsfragen befassen. Die einzelnen Senate beschließen, welche ihrer Entscheidungen in dem Nachschlagewerk zu vermerken sind und stellen die Rechtssätze (Leitsätze) fest, die in das Nachschlagewerk aufgenommen werden sollen.

III. Jedes Mitglied des BGH, der Bundesanwaltschaft und der Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof kann verlangen, daß ihm die in den Nachschlagewerken aufgenommenen Vermerke gegen Erstattung der Kosten mitgeteilt werden.

IV. Zugleich mit den Nachschlagewerken wird eine Entscheidungssammlung angelegt, in die aufgenommen werden alle Entscheidungen der Großen Senate und der Vereinigten Großen Senate, alle Urteile der einzelnen Senate und diejenigen Beschlüsse der einzelnen Senate, die der betreffende Senat wegen ihrer besonderen rechtlichen Bedeutung mit dem Vermerk "ES" versieht."

Im Nachschlagewerk werden etwa 30 % der Zivilentscheidungen und 14 % der Strafentscheidungen aufgenommen ⁴⁴⁾. Als Gesichtspunkt

44) Die Angaben stammen von Gerstenkorn NJW 62, 1659.

für die Auswahl dient die Erwägung, ob in der Entscheidung zu wesentlichen Rechtsfragen etwas Neues ausgeführt wird oder ob die Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung abweicht. Entscheidungen über Vorlegungen der Oberlandesgerichte werden mit geringen Ausnahmen in die amtliche Sammlung aufgenommen⁴⁵⁾.

Für die Mitglieder des BGH besteht außerdem die Möglichkeit persönlicher Fühlungnahme, um festzustellen, ob eine Frage bereits entschieden worden ist. In Strafsachen wirkt auch die Bundesanwaltschaft, bei der alle Entscheidungen zusammenlaufen, als starke Klammer zwischen den einzelnen Senaten⁴⁶⁾.

Damit sind ausreichende Möglichkeiten vorhanden, um ein Abweichen der einzelnen BGH-Senate zu verhindern. Unvermeidbar wird ein Abweichen allerdings dann sein, wenn zwei Senate zu gleicher Zeit oder in kurzem Abstand von einander über die gleiche Rechtsfrage zu entscheiden haben⁴⁷⁾.

2. Den Oberlandesgerichten ist zwar die amtliche Entscheidungssammlung, doch nicht das Nachschlagewerk des BGH zugänglich. Es steht ihnen aber "Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes" von Lindenmaier-Möhring zur Verfügung, das ein "Spiegelbild"⁴⁸⁾ des amtlichen Nachschlagewerkes darstellt.

Die vom BGH auf Vorlegung eines OLG erlassenen Entscheidungen werden allen OLGern nachrichtlich zugesandt. Außerdem erhalten die Generalstaatsanwälte Abschriften jeder wichtigen BGH-Entscheidung⁴⁹⁾. Auch die Fachzeitschriften veröffentlichen die Rechtsprechung des BGH in großem Umfang. Damit bestehen für die OLGe ebenfalls genügend Orientierungsmöglichkeiten über die Rechtsprechung des BGH.

45) vgl. die Angaben von Sarstedt in DRiZ 60, 352.

46) vgl. Sarstedt S. 37.

47) vgl. die abweichenden Urteile BGH 6, 398. vom 2.11.1954 und BGH Goldt.A. 1955, 118 vom 26.10.1954.

48) So das Vorwort im Registerband dieser Sammlung.

49) Wie Jagusch in MDR 58, 830 erwähnt.

III. Das Auffinden von OLG-Entscheidungen

Schlechter bestellt ist es mit der Möglichkeit des Auffindens von OLG-Entscheidungen. Eine amtliche Entscheidungssammlung geben nur das Bayerische Oberste Landesgericht ⁵⁰⁾ und das Kammergericht ⁵¹⁾ heraus. Die Entscheidungen der übrigen OLGs werden nur in der Fachpresse veröffentlicht. Dankenswert ist die Einrichtung der Neuen Juristischen Wochenschrift, alle Vorlegungsbeschlüsse, soweit sie ihr bekannt werden, zu veröffentlichen ⁵²⁾ und dann auch in der gleichen Rubrik die Fundstelle für die sie erledigende Entscheidung anzuzeigen.

Als Hilfsmittel zum Auffinden von Entscheidungen dienen neben den Registern der genannten Entscheidungssammlungen und der Fachzeitschriften vor allem die NJW-Leitsatzkartei, die NJW-Fundhefte, die vierteljährliche Rechtsprechungsbeilage zur DRiZ und die " Deutsche Rechtsprechung ".

IV. Mängel der Veröffentlichungen

Alle diese privaten Veröffentlichungen und Nachweise reichen jedoch nicht aus, um Abweichungen der Oberlandesgerichte zu vermeiden, denn sie erfassen nur einen geringen Teil der in Frage kommenden Rechtsprechung und die Auswahl der Entscheidungen bleibt mehr oder weniger dem Zufall überlassen.

Auch werden in den Zeitschriften die Entscheidungen - besonders die oberlandesgerichtlichen - zum großen Teil nicht vollständig abgedruckt. Bei den Kürzungen sind die Sachverhalte am meisten betroffen. Das ist bedauerlich, denn nur wenn man sich vergegenwärtigen kann, welchen Fall die Richter zu entscheiden hatten, wird man den Sinn und die Tragweite des aufgestellten Rechtsatzes eindeutig verstehen ⁵³⁾. Aber auch die Entscheidungsgründe werden oft unvollständig wiedergegeben. ⁵⁴⁾ In diesen Fällen

50) jährlich je ein Band Zivil- und Strafsentscheidungen.

51) Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichtes (KGJ).

52) vgl. die Vorbemerkung zu dieser Rubrik in NJW 53, 400.

53) vgl. dazu Sarstedt S. 306, Pohle Anm. zu AP Nr. 4 (Div.Rev.) zu § 72 ArbGG. Im anglo-amerikanischen Recht wird auf den Sachverhalt mehr Wert gelegt als bei uns. Vgl. Cross S. 37.

54) Doch kommt es vor, daß die amtliche Veröffentlichung gekürzt ist und der vollständige Text sich nur in einer Fachzeitschrift findet, vgl. z.B. BGH 2, 63 = JZ 52, 149 und den von Kohlhaas in NJW 59, 398 behandelten Fall.

kann man ohne ausreichenden Sachverhalt nicht beurteilen, ob die Entscheidung auf dem abgedruckten Teil der Gründe beruht.

Die Methode mancher Zeitschriften, über die Entscheidungen nur zu referieren, ist geeignet, Irrtümern Vorschub zu leisten. Ein solcher Bericht darf immer nur als Hinweis dienen und entbindet nicht von der Lektüre des Entscheidungstextes ⁵⁵⁾. Ähnliches gilt, wenn nur der Leitsatz einer Entscheidung abgedruckt ist. Leitsätze sollten überhaupt nur zur ersten Orientierung dienen, denn sie stimmen oft nicht mit den Gründen überein oder verführen zu Fehldeutungen ⁵⁶⁾, wenn sie nicht mit den Gründen zusammen gelesen werden. Das gilt nicht nur für die nichtamtlichen sondern gelegentlich auch für die amtlichen Leitsätze ⁵⁷⁾. Zuweilen stellen Leitsätze auch nur die Essenz eines obiter dictum dar ⁵⁸⁾. Ein weiterer Nachteil besteht darin, daß die Zeitschriften die Entscheidungen immer erst eine geraume Zeit nach ihrem Erlass veröffentlichen können. ⁵⁹⁾

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die Möglichkeiten zur Kenntnisnahme von BGH-Entscheidungen für die Mitglieder des BGH und für die OLG befriedigend sind. Dagegen ist die Publikation der OLG-Entscheidungen unzureichend. Die Vorlegungspflicht der Oberlandesgerichte gegenüber anderen Oberlandesgerichten kann deshalb so, wie sie vom Gesetz gefordert wird, nicht erfüllt werden.

55) So auch BAG in AP Nr. 4(Div.Rev.) zu § 72 ArGG, Esser JZ 62, 516.

56) Bei der Methode des RG, den Entscheidungen statt eines Leitsatzes eine Frage voranzustellen, bestand diese Gefahr nicht; allerdings konnte man sich anhand der Fragen auch schwerer über den mutmaßlichen Inhalt der Entscheidungen informieren.

57) Den in Fachzeitschriften veröffentlichten Leitsätzen kann man es oft nicht ansehen, ob sie vom Senat selbst, vom Einsender oder von der Redaktion stammen. (Das gilt nicht für die NJW).

58) Z.B. beruht die E. BGH 3, 27 nur auf dem zweiten Leitsatz.

59) In der NJW dauert es im Durchschnitt bei BGH-Entsch. 3 Mon. bei OLG-Entsch. meist länger.

C Wegfall der Bindungswirkung von Vor-Entscheidungen

I. Aufgaben der Rechtsansicht

1. Da die Senate - sowohl des BGH als auch der OLG - nicht an ihre eigenen Entscheidungen gebunden sind, kann die Rechtsprechung eines Senates widersprechende Entscheidungen enthalten. Für die anderen Senate besitzt in einem solchen Fall nur die letzte Entscheidung Verbindlichkeit, während die vorangegangenen Entscheidungen überholt sind. Eine Vorlegung kommt deshalb z.B. nicht in Betracht, wenn das vorlegende OLG - bezüglich § 136 gilt das gleiche - zwar von einer früheren Entscheidung eines anderen OLG oder des BGH abweichen würde, der betreffende Senat jedoch seine Ansicht inzwischen gewechselt hat und das vorlegende OLG mit der neuesten Rechtsprechung dieses Senats, auch wenn sie ihm nicht bekannt ist, übereinstimmt.⁶⁰⁾

2. a) Das Reichsgericht entwickelte die Praxis⁶¹⁾, daß der Senat von dessen Urteil man abweichen wollte, vom abweichenden Senat gefragt wurde, ob er seine Meinung weiter aufrecht erhalten wolle. Konnte auf diese Weise die Zustimmung des Senats zu einer Änderung der Rechtsprechung erlangt werden, so wurde die Anrufung des Plenums als nicht mehr notwendig angesehen. Dieses Verfahren, kurz die Anfrage genannt, erfreute sich beim Reichsgericht großer Beliebtheit.

Für die V.vorschrift des Reichsfinanzhofs wurde die Anfrage durch die Verordnung des Reichspräsidenten vom 1.12.1930 gesetzlich sanktioniert⁶²⁾ und ist heute noch im § 66 Satz 2 AO enthalten. Für das RG blieb diese Umgehung der V.pflicht Gewohnheitsrecht. Der Bundesgesetzgeber konnte sich nicht entschließen, die Anfrage in den § 136 GVG aufzunehmen, dafür hat sie in die Geschäftsordnung des Bundesgerichtshofs vom 3. März 1952 Eingang gefunden.⁶³⁾ In § 9 Abs. 1 Satz 2 der Geschäftsordnung heißt es:

60) BGH WM IV B 59, 63 zu § 28 Abs. 2 FGG.

61) Den ersten Fall stellt RG 48, 400 dar.

62) RGBL. 1930 S. 517 ff.

63) Abgedruckt in BAnz Nr. 83.

"Im Fall des § 136 GVG hat jedoch der Senat, der von der Entscheidung eines anderen Senats abweichen will, zunächst bei diesem anzufragen, ob er der Abweichung zustimmt; wenn der andere Senat zustimmt, so bedarf es keiner Entscheidung des Großen Senats oder der Vereinigten Großen Senate".

Gegen die Anfrage hat vor allem das Schrifttum erhebliche Bedenken geltend gemacht. In der Hauptsache wurden folgende Argumente vorgebracht: Die Anfrage sei völlig unverbindlich und stelle in keiner Weise einen Richterspruch dar⁶⁴⁾. Es komme nicht auf die jetzige, private Meinung der derzeitigen Senatsmitglieder an, sondern ausschließlich auf die letzte Entscheidung der Rechtsfrage durch den Senat.⁶⁵⁾ Durch die abstrakte Äußerung einer Rechtsansicht könne eine vorgängige Entscheidung nicht paralysiert werden⁶⁶⁾. Das Verfahren sei zwar praktisch, ohne besondere Vorschrift ließe es sich aber nicht mit dem Gesetz vereinbaren.⁶⁷⁾

Heute wird die Anfrage im Rahmen des § 136 allerseits anerkannt.⁶⁸⁾ Die praktischen Bedenken gegen diese Einrichtung haben sich als unbegründet erwiesen.

Die Aufgabeerklärung erfolgt nicht privat sondern dienstlich, d.h. in einer ordentlichen Sitzung des Senats wird über die

64) Friedlaender LZ 1927, 201.

65) Fuchs LZ 1927, 86.

66) Oekter JW 1928 S. 2266.

67) Lobe Arch. f.R.- und Wirtschaftsphilosophie 20 (1927), S. 212.

68) vgl. LR Anm. 4, Eb. Schmidt Anm. 3, Schw.-Kl. Anm. 3 B, jeweils zu § 136 GVG.

Aufrechterhaltung der früher vertretenen Rechtsansicht^{68a)} entschieden, und zwar zahlenmäßig mit derselben Besetzung, mit der die Entscheidung gefällt wurde.⁶⁹⁾

Es ist noch nie vorgekommen, daß sich ein Senat an seine Zustimmung nicht gehalten hätte.

- 68a) Hanack, S. 305, ist - unter Hinweis auf den Wortlaut des § 9 GeschO - der Auffassung, daß der Senat, der die Vor-Entscheidung erlassen hat, der Ansicht des anfragenden Senats zustimmen müsse. Das ist abzulehnen. Die grammatikalische Auslegung läßt das nicht zweifelsfrei erkennen; denn es heißt nicht "dieser" Abweichung. "Die" Abweichung kann irgendeine sein. Hanacks Auffassung paßt auch nicht in das System der V.vorschriften. Denn wollte man für den Fall, daß der Senat zwar die Auffassung der Entscheidung aufgibt, dafür jetzt aber eine andere als der anfragende Senat vertritt, eine Vorlegung verlangen, dann würde die Divergenz nicht zwischen zwei Entscheidungen, sondern zwischen einer (beabsichtigten) Entscheidung und der Rechtsauffassung eines anderen Senats bestehen. Konsequenz erklärt daher Hanack (S. 307) die Zustimmung zu einer Entscheidung im Sinne der Vorlegungsbestimmungen. Das ist erst recht abzulehnen. Denn worüber entscheidet der Senat? Nochmals über seinen Fall oder über den Fall des anfragenden Senats? Oder über die Rechtsfrage in abstracto? Letzteres wird am ehesten anzunehmen sein. Dann handelt es sich aber um ein theoretisches Gutachten. Die Meinung Hanacks ist eine Fortführung des Gedankens, daß jeder Äußerung eines obersten Gerichts in einer Entscheidung Bindungswirkung im Sinne der V.bestimmungen beizumessen sei, dahin, daß auch jede theoretische Meinung des Gerichts Gewicht habe. Wollte man das erreichen, müßte bei allen Senaten angefragt werden, ob sie der Abweichung zustimmen. Damit hätte die Anfrage aber ihren Zweck verfehlt, das Verfahren zu vereinfachen. Auch wäre damit eine völlige Übereinstimmung noch nicht erreicht; denn in den Fällen, in denen sich ein Senat einer anderen Entscheidung anschließt, weiß er auch nicht, ob die dort vertretene Auffassung noch der jetzigen Meinung des Senats entspricht. Aus diesen Erwägungen muß man es, wenn man das Institut der Anfrage beibehalten will, genügen lassen, daß der Senat, bei dem angefragt wird, erklärt, er halte an seiner Meinung nicht mehr fest. Vertritt er eine andere Auffassung als der anfragende Senat, wird er ihm das wohl mitteilen. Eine Auseinandersetzung mit diesen Argumenten in der Entscheidung des anfragenden Senats wird zur Klärung der Frage beitragen.
- Zuzustimmen ist Hanack, S. 305, aber darin, daß eine Vorlegung erforderlich ist, wenn der Senat, bei dem angefragt wird erklärt, an seiner Auffassung halte er zwar fest, aber er sehe keine Divergenz zwischen den beiden Auffassungen. Denn über das Vorliegen einer Abweichung hat der entscheidende Senat zu befinden.
- 69) So auch Mell witz NJW 62, 1143, für das Bundessozialgericht. Beim BGH kann das Problem der Besetzung nur bei

Dazu mag beigetragen haben, daß die Aufgabeerklärung vom anfragenden Senat regelmäßig in die Gründe seiner Entscheidung aufgenommen wird. Dadurch zeigt sich die Beseitigung von widersprechenden Auffassungen innerhalb des BGH auch dem Außenstehenden an. Die Rechtseinheit wird durch die Anfrage gewahrt und eine Rechtsunsicherheit vermieden. Will der Senat, der seine Rechtsprechung auf dienstliche Anfrage aufgegeben hat, von der Entscheidung des anfragenden Senates abweichen, muß er selbstverständlich seinerseits anfragen,^{69a)} bzw. den Großen Senat anrufen.

Die Befürchtung, daß ein Senat leichthin auf Anfrage seine Ansichten aufgeben könnte, war stets nur theoretischer Natur. Denn die Senate sind nicht ad hoc zusammengesetzte Spruchkörper, sondern Institutionen mit einem Eigenleben und einer Tradition. Die Rechtsansichten erhalten oft erst in langer Arbeit an vielen Entscheidungen ihre letzte Ausprägung. Diese Früchte seiner Arbeit wird der Senat nur aufgeben, wenn ihn gewichtige sachliche Argumente dazu bestimmen; andernfalls wird er die Zustimmung verweigern.⁷⁰⁾

Da sich die Anfrage in der Praxis als schnelles und wirksames Mittel zur Beseitigung von Divergenzen zwischen zwei Senaten bewährt hat, soll es beibehalten werden. Die dogmatischen Bedenken gegen diese Einrichtung, die bis heute nicht ausgeräumt sind, sondern nur nicht beachtet werden, lassen sich zum größten Teil dadurch beseitigen, daß man die Anfrage gesetzlich verankert. In die Geschäftsordnung des BGH gehört die Regelung der Anfrage nicht, da sie nicht den Geschäftsgang betrifft, sondern eine Beschränkung der Zuständigkeit der Großen Senate und die Begründung der Zuständigkeit des Senats, bei dem angefragt wird, zu einer Entscheidung eigener Art bedeutet.

Der einzig richtige Ort zu einer gesetzlichen Regelung ist deshalb der § 136 selbst. Man kann den § 9 Abs. 1 Satz 2

selbständigen Zwischenentscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung in einer erstinstanzlichen Sache auftauchen, da der BGH sonst stets mit fünf Richtern entscheidet, vgl. § 139 GVG.

69a) Der Vorschlag Hanacks, S. 307, in diesem Fall keine Anfrage zuzulassen, um ein Hin und Her der Rechtsprechung nicht zu sehr zu erleichtern, ist zu erwägen.

70) Wie z.B. im Fall BGH 11, 70.

der Geschäftsordnung durch eine geringe sprachliche Umstellung dem § 136 als Absatz 3 einfügen. Weiter wäre es wünschenswert, um das Aufgeben der Rechtsprechung klar zu akzentuieren, daß auch im Leitsatz der abweichenden Entscheidung auf die Änderung hingewiesen wird, etwa durch einen Klammerzusatz: "(Abweichung von der Entscheidung BGH ... mit Zustimmung des ...Senats.)"

b) Ob das Institut der Anfrage auch in den oberlandesgerichtlichen Vorlegungsverfahren Anwendung finden kann, ist noch nicht ausgetragen. Ein Teil des Schrifttums ⁷¹⁾ und der BGH ⁷²⁾ bejahen die Anfrage auch unter den OLGn.

Gegen die Anfrage zwischen den OLGn sprechen sich Kleinknecht ⁷³⁾ und Eberhard Schmidt ⁷⁴⁾ bezüglich der strafprozessualen V.vorschriften und Müller ⁷⁵⁾ hinsichtlich des § 28 Abs.2 FGG aus.

Müllers Hauptbedenken besteht darin, daß die bekanntgewordene Entscheidung des Gerichts, bei dem angefragt wird, von anderen Gerichten - und zwar anderen OLGn oder Untergerichten - übernommen worden sein kann, was nicht veröffentlicht zu sein braucht, da es kein Abweichen sondern ein Befolgen ist. Die Antwort des Gerichts, es halte an seiner Ansicht nicht mehr fest, besagt also keineswegs sicher, daß damit diese Auffassung aus dem Rechtsleben verschwunden ist.

Dieser Einwand hat wegen des Fehlens einer zentralen Dokumentation der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung und des Fehlens einer systematischen Veröffentlichung (wie sie beim BGH vorhanden sind) durchaus Gewicht.

71) Vgl. L-R Anm. 16 d, Dalcke Anm. 5 jeweils zu § 121, Sarstedt (zögernd) S.39; für die V.pflicht nach § 28 Abs.2 FGG Keidel Anm. 3 zu § 28 FGG.

72) LM Nr. 19 zu § 121 GVG; so auch schon RGZ 156, 16 zu § 28 FGG.

73) JZ 59, 180 und Schwarz-Kl. Anm. 5 zu § 121.

74) Eb.Schmidt Randn. 25 zu § 121.

75) ZZP 66 (1953) S. 254.

Die Anfrage zwischen OLGern kann nur dann ihren Zweck erfüllen, wenn alle OLGe, die die Auffassung vertreten, von der abgewichen werden soll, mit der Änderung der Rechtsprechung einverstanden sind. Wird ein OLG bei der Anfrage übergangen, und will es an seiner Meinung festhalten, dann wird es bei nächster Gelegenheit vorlegen. In diesem Fall hat die Anfrage eine Vorlegung nicht überflüssig gemacht sondern nur hinausgeschoben. Daher müßte jedes OLG, das eine Divergenz mit einem anderen OLG durch Anfrage bereinigen will, um sicher zu gehen, bei sämtlichen anderen OLGern anfragen, ob sie auch die abweichende Meinung - oder gar eine dritte - vertreten und ob sie sich der Auffassung des anfragenden Gerichts anschließen wollten.

Wenn man bedenkt, daß die Anfrage gegenüber der Vorlegung überhaupt nur dadurch eine Berechtigung erhält, daß sie ein einfacheres Mittel zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung darstellt, dann muß man zugeben, daß sie zur Bereinigung von Divergenzen zwischen OLGern unbrauchbar ist, weil sie einen viel größeren Aufwand als eine Vorlegung fordert und weniger Erfolg als diese verspricht ⁷⁶⁾. Auch erscheint die Ausschaltung des BGH bei der Anfrage zwischen den OLGern bedenklich. Denn wenn auch die OLGe untereinander einig sind, so herrscht doch Ungewißheit darüber, zu welcher Auffassung der BGH kommt, wenn er mit der Frage befaßt wird. Deshalb ist es am sichersten, wenn Divergenzen zwischen den OLGern im Vorlegungsverfahren bereinigt werden. ^{76a)} Die Entscheidung des BGH schafft autoritativ und mit der erforderlichen Publizität klare Verhältnisse.

Ganz abzulehnen ist die vom BGH vertretene Meinung, daß auch der BGH im V.verfahren noch beim OLG, von dem abgewichen wird, anfragen kann, ob es bei seiner Auffassung bleibe. Der BGH ist keine Schlichtungsstelle in Streitigkeiten zwischen den OLGern, sondern er ist gegenüber den OLGern in Fragen der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung ein höheres Gericht und hat die Aufgabe,

76) Kleinknecht (JZ 59, 180) macht auch ein psychologisches Bedenken gegen die Anwendung der Anfrage zwischen zwei OLGern geltend, indem er fragt, wie ein solches Verfahren wohl auf die Gerichte im Bezirk des zustimmenden OLG wirken werde.

76a) So auch Hanack, S. 309.

eine einheitliche Rechtsprechung zu sichern. Dieser Aufgabe wird er nur gerecht, wenn er die Frage autoritativ selbst entscheidet. Gegen formlose Rechtsprechungsvereinbarungen unter den OLG~~en~~ oder zwischen dem BGH und den OLG~~en~~ extra legem bestehen erhebliche Bedenken.⁷⁷⁾

Aus dem Dargelegten ergibt sich auch, daß eine Anfrage eines OLG beim BGH, ob er bei seiner Rechtsprechung bleibe, ausgeschlossen ist.⁷⁸⁾ Nach dem Gesetz hätte der BGH eine solche Anfrage als Vorlegung aufzufassen und sie durch Beschluß zu erledigen.

II. Aufhebung von Spruchkörpern

1. Aus den Zeiten des reichsgerichtlichen horror pleni stammt die Auffassung, daß nur die Entscheidungen bestehender Senate zur Vorlegung nötigen. Die Auffassung wurde auch teilweise in der Literatur vertreten. So erklärte Schultzenstein,⁷⁹⁾ die Entscheidung eines anderen Senats läge nicht vor, wenn die zweifelhaft gewordene Rechtsfrage von demjenigen Senat, der sie früher entschieden hatte, nicht mehr anderweit entschieden werden könne. Es fehle an einem Senat, der gegenüber dem jetzt entscheidenden Senat der andere sei. Dieser etwas gewaltsamen Auslegung des § 136 trat schon Roesener⁸⁰⁾ mit Recht entgegen, indem er sagte, ein anderer Senat könne jeder sein, der nicht der entscheidende ist.

Später, nach Schaffung der Anfrage, lautete das Argument, der aufgelöste Senat könne seine Ansicht nicht mehr überprüfen, sie liege starr fest und könne weder der fortschreitenden Entwicklung angepaßt werden, noch bestünden Möglichkeiten, Unrichtig-

77) So auch Schw.-Kl., Anm. 5 zu § 121

78) Ebenso wie es schlecht denkbar ist, daß ein Senat des BGH beim Großen Senat anfragt, ob dieser bei der einmal entwickelten Rechtsansicht bleibe.

79) ZZP 18 (1893) S. 111 ff.

80) S. 56.

keiten zu berichtigen⁸¹⁾. Dagegen wandte Fuchs⁸²⁾ ein, die Undurchführbarkeit eines Auskunftsmittels wäre doch lediglich ein Grund, das Gesetz da einzuhalten, wo das Auskunftsmittel versagt und es nicht sogar noch da zu umgehen, wo nicht einmal die mindere Schutzwehr der Anfrage als Ersatz bestehe. Der überwiegende Teil des Schrifttums vertrat die Auffassung, eine aufgestellte Rechtsansicht bleibe unabhängig von dem Bestand der jeweiligen, sie aufstellenden Mitglieder eines Senats oder von der fortdauernden Zuständigkeit eines Senats zur Entscheidung der gleichen Rechtsfrage bestehen.⁸³⁾

Auch heute noch stehen die Fronten in dieser Frage, soweit es um § 136 geht, unverändert: Der BGH⁸⁴⁾ weicht ohne anrufen von den Entscheidungen aufgelöster und nicht mehr als Revisionssenate tätiger Senate ab,⁸⁵⁾ der überwiegende Teil des Schrifttums bekämpft diese Einengung der V.pflicht.⁸⁶⁾ Einigkeit besteht jedoch darüber, daß es für die Vorlegung der Oberlandesgerichte keinen Unterschied machen könne, ob ein BGH-Senat, von dessen Entscheidung ein OLG abweichen will, noch besteht oder nicht. Als das OLG Neustadt in einem Urteil⁸⁷⁾ die gegenteilige Ansicht vertrat, rief dies ein vielfaches und einmütig ablehnendes Echo hervor⁸⁸⁾. Der BGH ist dieser allgemeinen Auffassung gefolgt.⁸⁹⁾ In der zitierten Entscheidung führt er u.a. aus, daß im Verhältnis zu anderen Gerichten(und anderen Staatsorganen überhaupt) jeder Spruchkörper das Gericht verkörpere. Eine andere Auffassung verkenne Wesen und Struktur der Gerichtsverfassung.

81) vgl. Neumann 36. Dt. Juristentag Band II, S. 150, Lauterjung, S. 69.

82) LZ 1927, 89.

83) Köhler, S. 169.

84) BGH 11, 17.

85) zustimmend Sarstedt S. 38 und Kleinknecht JZ 59, 182 (in Schw.-Kl. Anm. 3 C zu § 136 bezeichnet Kleinknecht diese Rechtsprechung allerdings als bedenklich).

86) vgl. Eb. Schmidt MDR 58, 816, L-R Anm. 4 b zu § 136, Schalscha MDR 59, 90; a.A. KM Anm. 2 c zu § 136.

87) MDR 58, 538.

88) vgl. Eb. Schmidt MDR 58, 815 f., Jagusch MDR 58, 829 f., Schalscha MDR 59, 90 f.

89) BGH 17, 363.

Damit erkennt der BGH an, daß eine Entscheidung nicht ihrer Verbindlichkeit mit der Auflösung des Senats verliert. Es ist aber durch nichts gerechtfertigt, diese Verbindlichkeit nur für die Außenstehenden anzuerkennen, intern jedoch die Rechtsprechung eines aufgelösten Senats als toten Ballast über Bord zu werfen. Diese Einschränkung des § 136, für die überdies im Gesetz kein Anhaltspunkt besteht, muß daher abgelehnt werden.^{89a)}

2. Als aufgelöster Senat, von dem ohne Vorlegung abgewichen werden darf, wird vom BGH auch -wie schon vom RG- der Feriensenat angesehen⁹⁰⁾. Hier ist schon zweifelhaft, ob der Senat überhaupt aufgelöst wird, da er eine ständige Einrichtung ist und gemäß 21 Gesch.O. des BGH mit Beginn der alljährlichen Gerichtsferien in Erscheinung tritt. Er ist derjenige Spruchkörper, der in den beiden Ferienmonaten des Jahres zur Rechtsprechung berufen ist, in denen die ordentlichen Senate bestimmungsgemäß ihre Tätigkeit einstellen. Die Ansicht, daß der Feriensenat nicht jedes Jahr eine Neuschöpfung sei, wie die ordentlichen Senate auch nach den Gerichtsferien nicht neu ins Leben gerufen würden⁹¹⁾, hat daher einiges für sich, zumal der Personalwechsel für den Bestand eines Senats unerheblich ist.

Es geht jedenfalls nicht an, den Feriensenat als "ephemerer Gebilde"^{92a)} anzusehen, dessen Tätigkeit anders zu bewerten sei, als die langjährige Gedankenarbeit eines in sich festgefügtten Senats. Man drückt damit aus, daß die Rechtsprechung des Feriensenats gegenüber den Entscheidungen der ordentlichen Senate zweitrangig sei. Diese Auffassung widerspricht der Würde eines höchsten Gerichts;^{92a)} auch ist es für den Rechtssuchenden unzumutbar, in den Ferienmonaten beim BGH einen Spruchkörper vorzufinden, von dessen Auffassungen sich die ordentlichen Senate hochmütig distanzieren. Sieht man aber die Entscheidungen des Feriensenats als unverbindlich für die ordentlichen Senate an,

90) BGH 13, 219.

91) Roesener S. 57.

92) David, Das Präjudiz S. 38.

89a) So auch Hanack, S. 299 f.

92a) Im Ergebnis ebenso Hanack, S. 301 f.

dann kann man auch den Untergerichten nicht zumuten, sie ernst zu nehmen und bei einem Abweichen von ihnen das Vorlegungsverfahren einzuleiten.

3. Auch die Rechtsprechung von nicht mehr bestehenden Oberlandesgerichten verliert für die übrigen OLGe nicht ihre Verbindlichkeit,⁹³⁾ weil in diesem Fall der Grundgedanke der Vorlegungsvorschriften, daß das Fortbestehen widersprüchlicher höchstrichterlicher Entscheidungen der Rechtseinheit und Rechtssicherheit abträglich ist, dagegen spricht.⁹⁴⁾ Zur Begründung der V.pflicht der OLGe gegenüber aufgelösten BGH-Senaten führte der BGH aus ⁹⁵⁾, da üblicherweise nur richtungweisende Urteile der Gerichte publiziert werden, sei es für das abweichende OLG schwer feststellbar, wie weit die bekämpfte Rechtsansicht in der Rechtsprechung anderer Senate weiterlebt. Dieses Argument spricht vice versa auch für die V.pflicht gegenüber aufgelösten OLGern ⁹⁶⁾.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, daß höchstrichterliche Entscheidungen mit der Auflösung der sie erlassenden Spruchkörper ihre Wirksamkeit nicht verlieren.

III. Divergierende Vor-Entscheidungen

1. Entscheidungen gleichrangiger Spruchkörper

a Die Senate des Reichsgerichts lehnten eine Anrufung der großen Spruchkörper ab, wenn der Senat, von dessen Rechtsansicht abgewichen wurde, seinerseits bewußt oder unbewußt ohne Beachtung des § 136 von der Rechtsauffassung des erkennenden oder eines anderen Senats abgewichen war.⁹⁷⁾ Diese Praxis wurde - wenn überhaupt - damit begründet, daß sich aus der Tatsache der Nichtanrufung des Plenums durch den anderen Senat ergebe, daß er die Rechtsfrage gar nicht

93) Aufgehoben wurden die OLGe Tübingen und Freiburg durch Gesetz über die OLGe vom 27.4.53 (GVBl. für Baden-Württemberg 53 S.31)

94) Ep.Schmidt Anm. 23, L-R 16 d Schw.Kl. Anm. 5, jeweils zu § 121 a.A.KM Anm. 2 a bb zu § 121.

95) BGH 17, 360.

96) So auch Müller ZZP 66 (1953, 256).

97) Diese Einengung der V.pflicht nahm ihren Anfang in RG 45,88.

habe abweichend entscheiden wollen⁹⁸⁾. Es erübrigt sich festzustellen, daß dies nur eine Scheinbegründung war, denn es dürfte den Reichsgerichtsräten auch bewußt gewesen sein, daß es nicht vom Willen des Senats abhängen kann, ob ein in der Entscheidung aufgestellter Rechtsgrundsatz für die anderen Senate bindend ist.

Diese durch nichts gerechtfertigte Einschränkung der Vorlegungspflicht⁹⁹⁾ wurde deshalb auch vom Schrifttum einmütig bekämpft¹⁰⁰⁾ und als Retorsion einer Gesetzesverletzung mit einer anderen bezeichnet, deren Folge eine Verewigung von Divergenzen in der Reichsgerichtsrechtsprechung sei.¹⁰¹⁾

Erstaunlicherweise hatte der BGH diese zwar psychologisch erklärliche¹⁰²⁾, aber der Rechtseinheit sehr abträgliche Praxis des RG anfangs übernommen¹⁰³⁾. Der Große Senat in Strafsachen¹⁰⁴⁾ beseitigte¹⁰⁵⁾ jedoch dieses "Fossil aus den Zeiten des Horror pleni"¹⁰⁶⁾ und erntete dafür uneingeschränkten Beifall¹⁰⁷⁾. In den Gründen des Beschlusses führt der Große Senat aus, daß es die vornehmste Aufgabe des Rechtsrüegerichts sei, die einheitliche Auslegung des Rechts zu gewährleisten und daß nicht einzusehen sei, warum die dieser

98) vgl. RGZ 85, 162; RG JW 1926, S. 2362.

99) v. Weber S. 11, bemerkt zutreffend, daß die Auffassung des RG nur dann richtig wäre, wenn die Vor-Entscheidung, von der unberechtigt abgewichen wurde, wie im englischen Recht eine absolut bindende Wirkung hätte; dann wäre die Abweichung vom Präjudiz unwirksam, weil durch dieses das Recht festgelegt worden wäre.

100) vgl. Fuchs LZ 1927, 90, Köhler S. 169, Lauterjung S. 64.

101) Goldschmidt, Lehrbuch S. 69.

102) Kein Senat wollte für die Versäumnisse eines anderen Senats büßen!

103) BGH 4, 32; 5, 136, vgl. auch Bay ObLG 1949/51, S. 550; 1955 S. 25.

104) BGH 10, 94.

105) Sarstedt S. 38, bemerkt, daß dieser vom GS aufgestellte Rechtssatz bloß ein obiter dictum sei, da die Sache nach § 137 vorgelegt worden war. Doch meint er, der GS dürfe auf die Gefolgschaft der Einzelsenate rechnen, da er unzweifelhaft recht habe. Bis jetzt wurde dieser Grundsatz des GS auch stets beachtet.

106) Schäfer L-R 4 zu § 136.

107) vgl. Schröder JZ 56, 333; Eb. Schmidt MDR 58, 816; L-R Anm- 4 zu § 136; Dallinger MDR 59 S. 530.

Aufgabe dienende V.pflicht "dann entfallen solle, wenn ein Senat bereits von der Entscheidung eines anderen Senats abgewichen ist, ohne den Großen Senat angerufen zu haben, und nun ein weiterer Senat wiederum von dem Senat abweichen will, der zuletzt entschieden hat, mag er dabei auch zu der Rechtsansicht des Senats zurückkehren wollen, der zuerst entschieden hatte." Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

b. aa.) Liegen divergierende Entscheidungen des BGH vor, die nicht durch eine Entscheidung der großen Spruchkörper oder durch Anfrage in Einklang gebracht worden sind, dann erweist sich die Vorlegung eines OLG nur dann als sinnvoll, wenn sie zu einer Bereinigung des Konflikts innerhalb des BGH führen kann. Andernfalls dient die Vorlegung nicht der Einheitlichkeit der Rechtsprechung, sondern verlagert nur die Zuständigkeit des OLG zur Entscheidung der Frage auf den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Senat des BGH. Die Rechtsmeinung gerade dieses Senats und nicht eine einheitliche, in der Rechtsprechung des BGH verkörperte Rechtsauffassung kommt dann zum Zuge. Die Vorlegungspflicht führt bei dieser Lage nicht einmal dazu, daß durch die Entscheidung des BGH die vorgelegte Streitfrage für die Rechtsprechung des vorlegenden Gerichts geklärt wird, denn dieses Gericht muß bei jeder neuen Entscheidung der Frage wiederum unvermeidlich von einer Entscheidung des BGH abweichen und daher vorlegen.

Solange die BGH-Senate die Ansicht vertraten, daß ein Senat gegen eine unter Verletzung der V.pflicht erlassene Entscheidung nicht vorzulegen brauche, verneinten daher die OLGs bei Divergenzen innerhalb des BGH in der betreffenden Frage die V.pflicht,¹⁰⁸ obwohl der BGH entschieden hatte, daß vorzulegen sei¹⁰⁹).

108) OLG Karlsruhe NJW 54, 1945; OLG Oldenburg NJW 53, 1725, Nds. Rpfl. 1954, 95; a.A. allerdings OLG Braunschweig NJW 55, 200.

109) Wann allerdings das OLG Karlsruhe in der angeführten Entscheidung ausführt, die Abweichung vom BGH darüber, wann vorzulegen sei, nötige nicht zur Vorlegung, denn § 121 Abs. 2 beziehe sich nur auf die Entscheidung über die Revision bei angenommener Abweichung von einer Vor-Entscheidung, dagegen nicht darauf, wann eine solche Abweichung, und damit ein Fall der Vorlegung gegeben sei, dann irrt es. Denn die Bestimmung, wann ein Abweichen von einer BGH-Entscheidung vorliegt, stellt eine Auslegung des § 121 Abs. 2 und damit eine vorlegungspflichtige Rechtsfrage dar.

Der BGH mußte sich vom OLG Karlsruhe ¹¹⁰⁾ darüber belehren lassen, daß es auch nicht Sinn der V.vorschriften und Aufgabe der OLGe sein könne, "zu versuchen, durch Vorlagen ihrerseits auf eine einheitliche Rechtsprechung des BGH hinzuwirken, deren Notwendigkeit an sich als auch dem BGH bekannt ohne weiters vorauszusetzen" sei.

Nachdem jedoch durch die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen ¹¹¹⁾ klargestellt wurde, daß bei Divergenzen innerhalb des BGH der nächste mit der Rechtsfrage befasste Senat eine Klärung herbeizuführen habe, besteht über die V.pflicht der OLGe in diesem Fall kein Zweifel mehr. ¹¹²⁾

bb,) Ist ein OLG von der Auffassung eines anderen OLG abgewichen, ohne die Sache dem BGH vorzulegen und hat nun ein drittes OLG - oder auch eines der beiden OLGe, die die Frage entgegengesetzt beantwortet haben - über die gleiche Frage zu entscheiden, dann befindet es sich in der gleichen Situation wie ein BGH-Senat beim Vorliegen divergierender BGH-Entscheidungen. Daher muß hier der vom Großen Senat für Strafsachen aufgestellte Grundsatz entsprechend gelten, mit der Folge, daß das OLG vorlegungspflichtig ist. ¹¹³⁾

2. Entscheidungen von Spruchkörpern verschiedenen Ranges

a) Erläßt der BGH eine Entscheidung, die zu einer OLG-Entscheidung in Widerspruch steht - gleich, ob auf Vorlegung eines andern OLG oder in einem anderen Verfahren - und hat danach ein OLG über die gleiche Frage zu entscheiden, so muß es nur dann vorlegen, wenn es sich dem OLG anschließen will, weil es damit vom BGH abweicht. Stellt es sich dagegen auf den Standpunkt des BGH, dann entfällt die V.pflicht. Denn durch die BGH-Entscheidung gilt die entgegengesetzte OLG-Entscheidung als überholt. Das höhere Gericht hat Stellung genommen, ein Konfliktfall besteht nicht.

110) NJW 54, 1945.

111) BGH 10, 94.

112) So auch Eb. Schmidt, Randn. 26, L-R Anm. 16 c, KM Anm. 2b jeweils zu §121, Schröder JZ 56, 333.

113) vgl. BGH 13, 149; 9, 272; Dallinger MDR 59, 530 L-R Anm 16.f KM Anm. 2 b cc, jeweils zu § 121. a.A. Dalcke Anm. 7 zu § 121 mit Hinweis auf Bay OblG NJW 52, 313; diese Rechtsprechung wurde schon vom BGHZ 7, 389 - ergangen zu §28 Abs. 2 FGG - abgelehnt.

Ebenso verhält es sich für die BGH-Senate, wenn ein großer Spruchkörper des BGH eine Frage entschieden hat. Alle vorher ergangenen Entscheidungen in dieser Frage gelten dann als überholt.

b.aa) Schwierigkeiten bereitet die Frage, wie sich ein nach § 121 Abs. 2 v.pflichtiges OLG verhalten soll, wenn ein anderes OLG nach dem BGH entschieden hat und von diesem abgewichen ist. Nur wenn es sich dem OLG anschließen und damit vom BGH abweichen will, besteht zweifellos die Pflicht zur Vorlegung. Will es jedoch dem BGH folgen, dann gehen die Ansichten darüber, ob vorzulegen sei, auseinander.

Der Stand der Meinungen sei kurz dargestellt:

Bevor der BGH zu diesem Problem bei den strafprozessualen V.-vorschriften Stellung genommen hatte, vertraten die Kommentare¹¹⁴⁾ die von Rechtsprechung und Schrifttum zu § 28 Abs. 2 FGG entwickelte Ansicht, daß nicht vorzulegen sei. Der dritte Strafsenat des BGH entschied dann¹¹⁵⁾ für den Fall des § 120 Abs. 3, daß vorzulegen sei. Der 4. Strafsenat hebt ausdrücklich hervor,¹¹⁶⁾ daß die vom 3. Strafsenat zu § 120 Abs. 3 vertretene Auffassung auf die V.vorschrift für die OLGe als Revisionsgerichte nicht anwendbar sei. Die nach diesen Entscheidungen erschienenen Kommentare¹¹⁷⁾ folgten dem BGH, Dallinger¹¹⁸⁾ bejaht hingegen für beide Vorschriften die V.pflicht.

Das Entfallen der V.pflicht bei § 121 wird vom BGH¹¹⁹⁾ wie folgt begründet: Die Entscheidung des OLG "hätte, weil sie von der vorangegangenen Rechtsprechung des BGH abwich, ohne dessen Anrufung so nicht ergehen dürfen. Sie bildet deshalb auch kein Hindernis für die dem BGH folgende Rechtsprechung anderer OLGe.

114) L-R Anm. 16 e KM, Anm. 2 b ee, jeweils zu § 121.

115) BGH 13, 46.

116) BGH 13, 149.

117) Eb. Schmidt, Randn. 28 und Schw.-Kl.Anm. 3, jeweils zu § 120.

118) MDR 59, 529.

119) BGH 13, 149.

Andernfalls müßten die OLGs alle Sachen auch dann immer wieder dem BGH vorlegen, wenn sie sich dessen Ansicht anschließen wollten, nur weil einmal eine abweichende OLG-Entscheidung ergangen ist. Das ist zur Sicherung der Rechtseinheit und zur Wahrung des § 121 Abs. 2 GVG nicht erforderlich.....Die....strittige Rechtsfrage.... hat der BGH als höheres Gericht und Wahrer der Rechtseinheit bereits entschieden. Wollte sich - wie hier - ein OLG der Auffassung des BGH anschließen, so konnte es dies tun, ohne daran durch eine frühere, vom BGH abweichende Entscheidung eines anderen OLG gehindert zu sein. Wenn es dann in seinem Erkenntnis auf die bereits vorliegende Rechtsprechung des BGH verweist, so wird dadurch die Gefahr einer Rechtsverwirrung ausreichend gebannt. "

Zur BGH-Auffassung ist zu bemerken:

Der Wortlaut des § 121 zwingt zu dieser Auslegung nicht; das Abweichen vom BGH steht dort alternativ zu dem vom OLG ("Entscheidung eines anderen OLG, oder von einer Entscheidung des BGH"). Man könnte sogar annehmen, daß der Gesetzgeber diese Einschränkung nicht gewollt hat, denn er hatte bei der Schaffung des § 121 Abs. 2 die schon jahrzehntelang gültige V.vorschrift des § 28 Abs. 2 FGG vorliegen, deren entsprechender Teil lautet: "Will das OLG ... von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines anderen OLG, falls aber über die Rechtsfrage bereits eine Entscheidung des BGH ergangen ist, von dieser abweichen, ..." Dieser Gesetzeswortlaut deutet allerdings auf die einschränkende Auslegung im Sinne des BGH hin ¹²⁰⁾.

Das Argument des BGH, die OLG-Entscheidung bilde deshalb kein Hindernis, weil sie nicht ohne Vorlegung hätte ergehen dürfen, widerspricht den Grundsätzen die der Große Senat für Strafsachen in BGH 10, 94 aufgestellt hat. ¹²¹⁾

Auch das weitere Argument des BGH, bei Bejahung der V.pflicht seien alle OLGs, die sich dem BGH anschließen wollen, wegen einer einmaligen abweichenden OLG-Entscheidung stets zur Vorlegung verpflichtet, trifft nicht zu. Durch die erneute BGH-Entscheidung

120) BGHZ 15, 151.

121) vgl. oben S. 108.

verliert die OLG-Entscheidung ihre Bedeutung, wie das stets der Fall ist, wenn der BGH eine Entscheidung trifft, die mit einer OLG-Entscheidung nicht vereinbar ist.

Wird aber, wie der BGH meint, die Vorlegung deshalb unnötig, weil der BGH als höheres Gericht und Wahrer der Rechtseinheit bereits entschieden hat? Um das zu erkennen, bedarf es einer Klärung des Verhältnisses zwischen OLG- und BGH-Entscheidungen. Allgemein besteht zwischen ihnen kein Rangunterschied, denn die OLGs entscheiden wie der BGH als Gerichte der obersten Instanz abschließend und unangreifbar über den jeweiligen Streitfall. Nur dann, wenn zwischen OLGs oder zwischen einem OLG und dem BGH Differenzen über die Beantwortung einer Rechtsfrage entstehen, steht es dem BGH zu, diese bindend zu entscheiden. Die BGH-Entscheidung bewirkt aber nur, daß vorhandene Differenzen beseitigt werden. Sie legt das Recht nicht für die Zukunft endgültig fest. Wäre dies so, dann bestünde für eine Vorlegung nach einer BGH-Entscheidung gar keine Veranlassung mehr. Die Tatsache aber, daß ein OLG durch einen V.beschluß eine Rechtsauffassung des BGH angreifen kann, beweist, daß die abweichende Auffassung des OLG gegenüber der BGH-Entscheidung Bedeutung hat, denn der BGH kann sie an Stelle seiner Ansicht als richtungsweisend anerkennen. Nötigt aber ein beabsichtigtes Abweichen zur Vorlegung, warum soll dann für eine vorhandene Divergenz etwas anderes gelten? In beiden Fällen hat der BGH darüber zu befinden, ob vorhandene Ansichten in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung den Vorrang vor seiner Meinung verdienen. Wie Dallinger¹²²⁾ zutreffend feststellt, wird durch die Vorlegung gegen die vom BGH abgewichene OLG-Entscheidung dem BGH Gelegenheit gegeben, sich mit dieser auseinanderzusetzen, also das nachzuholen, was er wegen der unterbliebenen früheren Vorlegung versäumt hat.

Verneint man die V.pflicht, dann muß der BGH, auch wenn ihm die OLG-Auffassung richtig erscheint, warten, bis ihm die Frage vorgelegt wird (oder bis er sie in eigener Zuständigkeit zu entscheiden hat). Das kann unter Umständen lange dauern, weil die OLGs mit ruhigem Gewissen dem BGH folgen können und zur Auseinandersetzung mit dem Außenseiter nicht gezwungen sind.

122) MDR 59, 531.

Schäfer ¹²³⁾ bringt noch als Argument gegen die Beachtlichkeit einer vom BGH unberechtigt abweichenden OLG-Entscheidung vor, die Bedeutung einer OLG-Entscheidung könne nicht gut verschieden sein, je nachdem, ob sie vor oder nach dem BGH ergangen ist. Sie ist auch nicht verschieden, denn die OLG-Entscheidung bleibt eine zur Vorlegung nötige Entscheidung. Allerdings entfällt die V.pflicht, wenn die Divergenz beseitigt ist. Die BGH-Entscheidung kann nur die vorhandene Divergenz beseitigen. Daher besteht nach der BGH-Entscheidung gegenüber der vorher ergangenen OLG-Entscheidung keine V.pflicht, wohl aber gegenüber der später ergangenen Entscheidung, weil hier nach der BGH-Entscheidung eine neue Divergenz entstanden ist. ^{123a)}

Aus diesen Gründen ist die V.pflicht nach § 121 zu bejahen, wenn nach Ergehen einer BGH-Entscheidung ein OLG abweicht und ein anderes OLG über die gleiche Frage zu entscheiden hat, gleich welcher Meinung es den Vorzug gibt.

bb) Was veranlaßt den BGH aber, im Falle des § 120 Abs. 3 die V.pflicht zu bejahen?

Zunächst sei klargestellt, daß der 3. Strafsenat in seiner Entscheidung ¹²⁴⁾ nicht ausdrücklich die Auffassung vertritt, daß im Fall des § 121 anders als bei § 120 Abs. 3 zu verfahren sei. Im Gegenteil, es läßt sich aus den Gründen der Entscheidung eher entnehmen, daß er beide Fälle gleichbehandelt wissen will. Das geht daraus hervor, daß er betont, der Wortlaut deute nicht auf die Ausnahme von der V.pflicht hin, wie einige Kommentare annehmen. (Er stellt den Wortlaut - der ja bei § 121 Abs. 2 und § 120 Abs. 3 derselbe ist - in Gegensatz zu dem des § 28 Abs. 2 FGG.) Auch die abschließende Bemerkung des BGH weist in die gleiche Richtung: "Angesichts der sachlichen Bedeutung der Recheinheitsaufgabe, die das Gesetz dem BGH zugeteilt hat, ist es überdies grundsätzlich abzulehnen, gesetzliche Vorlegungsvorschriften, durch welches Gesetz sie auch begründet sein mögen, durch mehr oder weniger künstliche Ausnahmen einzuengen."

¹²³⁾ I-R Anm. 16 e zu § 121.

¹²⁴⁾ BGH 13, 46.

^{123a)} Hanack, S. 343, bejaht die V.pflicht der OLGs unterschiedslos, ohne im einzelnen zu der kontroverse Stellung zu nehmen.

Hauptsächlich begründet der 3. Senat dann allerdings seine Auffassung aus dem besonderen Verhältnis zwischen dem BGH und den erstinstanzlichen Senaten der OLG. Die Zuständigkeit der OLG bestehe hier nicht kraft Gesetzes, sondern werde erst durch die Abgabe nach § 134 a GVG begründet. Die OLG träten nur an die Stelle des gemäß § 134 Abs. 1 GVG ausschließlich zuständigen BGH. Das Verhältnis zwischen dem einzinstanzlichen Strafsenat des BGH und den nach § 120 Abs. 1 GVG tätigen Strafsenaten der OLG sei "der Sache nach" also kein wesentlich anderes als das der Strafsenate des BGH zueinander. Deshalb sei es geboten, den Grundsatz des Großen Senats in Strafsachen (BGH 10,94) auch auf § 120 Abs. 3 GVG anzuwenden.

Was will der BGH mit den Worten "der Sache nach" sagen? Mit Recht bemerkt dazu Dallinger: "Der Form nach entscheiden die OLG in Staatsschutzsachen "als OLG" mit der Folge, daß für sie §120 Abs. 3 und nicht § 136 GVG Anwendung findet. Das Argument von Schäfer und KMR ("Es liegt schon eine Entscheidung des BGH vor") wird doch nicht mit der Fiktion widerlegt, das OLG entscheide der Sache nach als Strafsenat des BGH."¹²⁵⁾ Nach der BGH-Auffassung wäre konsequenterweise die V.pflicht auch dann zu bejahen, wenn der 3. Strafsenat von der vorausgegangenen Entscheidung eines OLG abweichen wollte. Aber wem soll er vorlegen? In Frage kommt doch nur der Große Strafsenat des BGH. Sieht man die OLG-Senate schon bei erstinstanzlieller Tätigkeit gleichsam als detachierte BGH-Senate an, die dem 3. Strafsenat des BGH gleichberechtigt sind, dann erscheint in jedem Falle einer Divergenz die Anrufung des Großen Strafsenats geboten. Das Gesetz hat jedoch für die erstinstanzliellen Strafsenate der OLG im Verhältnis zum BGH nicht den § 136 entsprechend anwendbar erklärt, sondern die V.vorschrift der OLG zur Anwendung gebracht. Die Begründung des 3. Strafsenats muß daher, soweit sie sich speziell auf § 120 Abs.3 bezieht, abgelehnt werden; in der Entscheidung ist ihm allerdings aus den zu § 121 Abs. 2 angestellten Erwägungen heraus zu folgen.

125) a.a.O. S. 531.

cc) Noch nicht erörtert ^{125a)} wurde der Fall, ob ein BGH-Senat vorlegen muß, wenn ein anderer BGH-Senat von einer Entscheidung der großen Spruchkörper unberechtigt abgewichen ist. Wenn er dem Senat, der die V.pflicht verletzt hat, folgen will, ist die V.pflicht unzweifelhaft gegeben, weil er damit von den großen Spruchkörpern abweichen will.

Muß er aber vorlegen, wenn er sich dem großen Spruchkörper anschließen will? Der Fall liegt nicht anders, als wenn ein OLG nach ergangener BGH-Entscheidung von dieser abweicht und ein anderes OLG sich dem BGH anschließen will. Deshalb ist auch hier die V.pflicht zu bejahen, da durch die abweichende Entscheidung des BGH-Senats ein Widerspruch in der BGH-Rechtsprechung entstanden ist.

In der Praxis wird es wohl selten sein, daß ein BGH-Senat von einem großen Spruchkörper abweicht, weil die wenigen Entscheidungen der Großen Senate und der Vereinigten Großen Senate allen Senaten bekannt sein dürften ¹²⁶⁾ und kein Senat offen gegen einen großen Spruchkörper judizieren wird. Doch ist die Möglichkeit nicht auszuschließen; z.B. wenn ein Senat die Tragweite des vom großen Spruchkörper aufgestellten Rechtssatzes verkennt.

IV. Zusammentreffen von Vorlegungspflicht und Selbstbindung der Revisionsgerichte im wiederholten Rechtsmittelzug

1. Hebt das Revisionsgericht ein Urteil der unteren Instanz auf und verweist die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurück, dann ist der Tatrichter an die Aufhebungsansicht des Revisionsgerichts gebunden (§ 358 Abs. 1 StPO ¹²⁷⁾). Nach überwiegender Auffassung im Schrifttum ¹²⁸⁾ und nach ständiger Gerichtspraxis bleibt das Revisionsgericht, falls es erneut mit der Sache befaßt wird, ebenfalls an die seinem ersten Urteile zugrundegelegten Rechtsauffassungen in dem selben Umfang gebunden, wie das Gericht, an das zurückverwiesen wurde.

126) Sie werden gemäß § 18 Abs. 2 GeschO des BGH ausnahmslos in die Nachschlagewerke des BGH aufgenommen.

127) Diese Bindung besteht in allen Verfahrensarten.

128) a.A. nur Schönke ZP 58 (1934) 389 ff, Hellmuth Mayer, Die Spruchgerichte 1949 S. 60 ff und Bettermann DVBl 55, 22.

125a) Auch nicht von Hanack.

Die Bindung besteht auch, wenn über die zweite Revision ein anderes Gericht zu entscheiden hat¹²⁹⁾.

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn die Selbstbindung der Revisionsgerichte mit der V.pflicht zusammentrifft. Folgende Konfliktfälle sind möglich:

1. Die erste Revisionsentscheidung ergeht unter - bewußter oder unbewußter - Verletzung der V.pflicht. Muß das Revisionsgericht beim wiederholten Rechtsmittelzug die Vorlegung nachholen oder ist es an die erste Revisionsentscheidung gebunden?
2. Nach Erlaß des zurückweisenden Revisionsurteils weicht ein anderes Gericht in der Frage ab ohne vorzulegen. Muß das Revisionsgericht im zweiten Revisionsverfahren vorlegen oder ist es an die erste Revisionsentscheidung gebunden?
3. Über die zweite Revision hat ein anderes Gericht zu entscheiden, das von der Entscheidung des ersten Revisionsgerichts abweichen möchte. Kann es vorlegen oder ist es an das Urteil des ersten Revisionsgerichts gebunden?
4. Außerdem ist noch an den Fall zu denken, daß zwischen erster und zweiter Revisionsentscheidung ein höherer Spruchkörper die Rechtsfrage anders entscheidet (z.B. in einem V.verfahren gegen die erste Revisionsentscheidung). Welche Entscheidung bindet dann das zweite Revisionsgericht?

In allen diesen Fällen räumt die herrschende Lehre der Selbstbindung der Revisionsgerichte den Vorrang ein¹³⁰⁾. Die oberen Gerichte teilen grundsätzlich diese Auffassung¹³¹⁾. Der Bundesfinanzhof¹³²⁾ und das Bundesverwaltungsgericht¹³³⁾ erkennen eine Durchbrechung der Bindung für den Fall an, daß zwischen dem ersten und zweiten Rechtsgange neue revisionsrichterliche Grundsätze erarbeitet worden sind.

129) z.B. wenn die erste Revision gemäß § 121 Abs.1Nr. 1 c an das OLG ging und mit der zweiten Revision der BGH befaßt wird; vgl. BGH NJW 53, 1880.

130) vgl. L-R Anm. 20 KM Anm. 2b ee Eb.Schmidt Randn. 29, jeweils zu § 121, Schw.-Kl. Anm. 3 zu § 358 StPO.

131) vgl. BGH LM Nr. 14, zu § 28 FGG, KG JR 58, 268.

132) BStBl 1954 Teil III S. 72 in Weiterführung der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs; vgl. RFH 40, 308, RStBl 1941, S. 211.

133) NJW 58, 1841.

Um beurteilen zu können, ob der Vorrang der Bindung berechtigt ist, muß geklärt werden, worauf sich die Bindung gründet. Gesetzlich verankert ist die Selbstbindung der Revisionsgerichte in keiner Verfahrensregelung.

Das Reichsgericht hatte früher angenommen, daß sie ein Ausfluß der Rechtskraft sei¹³⁴⁾; es hat diese Ansicht später aufgegeben und die Bindung nur noch als rechtskraftähnlich angesehen.¹³⁵⁾ Der BGH¹³⁶⁾ begründet die Bindung damit, daß es schwer erträglich sei, wenn in demselben Verfahren von der höchsten Instanz verschieden entschieden werde. Genauso wenig wie durch die Änderung der Rechtsprechung die Entscheidung eines abgeschlossenen Verfahrens berührt werde, könne dies für eine Entscheidung gelten, für die eine Bindung des erkennenden Gerichts eingetreten ist. Das Bundesverwaltungsgericht¹³⁷⁾ sieht die Selbstbindung der Revisionsgerichte als einen ungeschriebenen, durch ständigen Gebrauch anerkannten Grundsatz des Verfahrensrechts an, dessen rechtliche Grundlage sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt (Art. 20, 28 Abs. 1 GG). Dieses erfordert im Interesse der Rechtssicherheit, des Rechtsfriedens und des Vertrauensschutzes einen geregelten Ablauf und Abschluß des Rechtsfindungsverfahrens, dessen Rechtsbeständigkeit garantiert ist. Die Autorität des Rechts kann beim Hin- und Herschwanken empfindlich leiden.

Als Hauptgründe für die Selbstbindung kann man demnach die Rechtssicherheit, den Vertrauensschutz, die Wahrung der Autorität der Gerichte und auch die Prozeßökonomie ansehen.^{138a)} In den hier interessierenden Konfliktfällen stehen diesen Werten die Prinzipien der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und der Gerechtigkeit gegenüber.

2. Man kann eine Abwägung zwischen den genannten Werten nicht

134) Dagegen Mayer a.a.O., S. 61: "Im aufhebenden Revisionsurteil liegt keine rechtskräftige Entscheidung über den Anspruch selbst. Denn die Bindung hängt davon ab, daß der Tatrichter die tatsächlichen Feststellungen nicht ändert. Die vorgeschriebene rechtliche Beurteilung ist nur ein Teil des im Subsumtionsschluß enthaltenen Gedankenganges, aber keine teilweise Feststellung des Anspruchs selbst."

135) vgl. RGZ 149, 163; so auch KG JR 58, 268.

136) LMNr. 14 zu § 28 FGG.

137) MDR 60, 70.

138) Jedoch kommt dem Bindungsgrundsatz kein Verfassungsgrad zu- wie etwa dem rechtlichen Gehör; BVerfG NJW 54, 1153.

138a) So sinngemäß auch Hanack, S. 349 f.

generell für alle Verfahrensarten vornehmen, da diese Werte je nach dem Zweck des Verfahrens und der Stellung der Beteiligten ein verschiedenes Gewicht haben.¹³⁹⁾ Im Strafprozeß fehlt der Dualismus der Parteien¹⁴⁰⁾, wie er im Zivilprozeß und auch im Verwaltungsverfahren vorhanden ist. Eine Änderung des Strafurteils zugunsten des Angeklagten stellt niemanden schlechter, während eine Änderung der Entscheidung im Zivil- oder Verwaltungsprozeß immer einer Partei zum Nachteil gereicht. Auch stehen im Strafprozeß mit der Freiheit und Ehre des Menschen gewichtigere Rechtsgüter auf dem Spiel als die materiellen Interessen, die im Zivilprozeß und auch im Verwaltungsprozeß vorwiegend verfochten werden.

Berücksichtigt man noch den Gedanken des § 2 Abs. 2 StGB (in Verbindung mit § 354 a StPO), daß eine dem Angeklagten günstige Rechtsänderung bis zum Schluß des Verfahrens zu beachten ist, kommt man zu dem Ergebnis, daß die hauptsächlich für den Zivilprozeß entwickelten Grundsätze der Selbstbindung der Revisionsgerichte auf den Strafprozeß nicht im ganzen Umfang übertragbar sind.¹⁴¹⁾ Die von der herrschenden Meinung geltend gemachten Ordnungsgründe, deren Gewicht keineswegs verkannt wird, müssen im Strafprozeß dort zurücktreten, wo dies eine einheitliche und gerechte Entscheidung der einzelnen Straffälle erfordert. Aus den allgemeinen Prinzipien des Strafprozesses ergibt sich jedoch, daß die Selbstbindung nur insoweit durchbrochen werden darf, als der Angeklagte durch die neue Rechtsauffassung besser gestellt wird.

Ergebnis: Im Strafprozeß besteht innerhalb der Grenze des Verschlechterungsverbotcs keine Selbstbindung der Revisionsgerichte, wenn die Aufhebungsansicht auf Rechtsirrtum beruhte oder inzwischen ein Wechsel in der höchstrichterlichen Rechtsprechung

139) H. Schröder, Festschrift für Nikisch 1958, S. 212.

140) Die Staatsanwaltschaft ist nicht Gegner des Angeklagten, wie sich schon aus § 160 Abs. 2 StPO ergibt.

141) a.A. Eb.Schmidt, Randn. 29 zu § 121.

eingetreten ist oder wenn das Revisionsgericht selbst seine im Aufhebungsurteil vertretene Auffassung nicht mehr für richtig hält.¹⁴²⁾

In allen oben genannten Konfliktfällen hat daher die Selbstbindung der Revisionsgerichte zurückzutreten, soweit dadurch der Angeklagte besser gestellt wird.^{142a)}

V. Rechtsänderung

Der in der Entscheidung aufgestellte Rechtsgrundsatz braucht nicht mehr beachtet zu werden, wenn nach der Entscheidung die durch ihn beantwortete Rechtsfrage gesetzlich geregelt wird. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Bindung des Richters an das Gesetz. Als Gesetz ist auch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG Gesetzeskraft hat, anzusehen. Die neue gesetzliche Regelung muß jedoch die Rechtsfrage zweifelsfrei beantworten.¹⁴³⁾

Ebenfalls nicht vorzulegen ist, wenn die gesetzlichen Grundlagen der Vor-Entscheidung sich geändert haben. Eine bloß formelle Änderung oder eine redaktionelle Neufassung genügen jedoch nicht; es muß vielmehr durch das neue Gesetz eine Änderung des Rechtsinhalts erfolgen.

Hat sich seit Erlaß der Vor-Entscheidung die Rechtsprechung allgemein geändert, so entfällt deshalb nicht die V.pflicht, es sei denn, daß die Entscheidung direkt davon betroffen wird.¹⁴⁴⁾

142) So auch H. Schröder, S. 217, 223; Jagusch in L-R, Vorbem. D I 4 vor dem 3. Buch der StPO - a.A. Schäfer in L-R, Anm. 20 zu § 121.

143) So auch BGH NJW 55, 1879

144) Auch ein Wandel in den tatsächlichen Verhältnissen seit der Vor-Entscheidung enthebt ein Senat nicht der V.pflicht. Die Entscheidung im V.verfahren trägt hier zur Rechtsklarheit bei, denn sie macht es sinnfällig, wie sich das Recht an die neuen Verhältnisse anpaßt.

142a) Hanack, S. 350 f., berücksichtigt die Auswirkung der Aufhebung der Selbstbindung auf den Angeklagten nicht. Im übrigen ist er in Fall 4 derselben Meinung, in den Fällen 2 und 3 anderer Auffassung; Fall 1 behandelt er nicht.

5. Abschnitt: Das Vorlegungsverfahren

Das Verfahren bei der Vorlegung nach §§ 136, 137 ist in den wesentlichen Punkten im § 138 GVG und in § 9 GeschO des BGH ¹⁾ geregelt, während für das oberlandesgerichtliche Vorlegungsverfahren jede gesetzliche Regelung fehlt. Beide Verfahren stimmen in den wesentlichen Zügen überein, daher ist es sinnvoll, die auftauchenden Probleme gemeinsam zu behandeln.

I. Einleitung des Verfahrens

1. Für die Vorlegung der BGH-Senate bestimmt sich die Einleitung des Verfahrens nach § 9 GeschO des BGH. Hiernach hat der Senat, der die Entscheidung des Großen Senats oder der Vereinigten Großen Senate einholen will, die zu entscheidende Rechtsfrage in einem Beschluß festzustellen und mit diesem Beschluß auch die Akten der Rechtssache dem Vorsitzenden des GS oder der VGSe zuzustellen. Dieser leitet den Beschluß und die Akten dem Oberbundesanwalt, der gemäß § 138 Abs. 2 in Strafsachen stets zu hören ist ²⁾, zur schriftlichen Stellung seiner Anträge vor der Berichterstattung zu. Dann werden zwei Berichterstatter ernannt, von denen der eine dem Senat angehören muß, der die Entscheidung des GS oder der VGSe einholt. Handelt es sich um eine Entscheidung, der VGSe, so ist, wenn der erste Berichterstatter einem Zivilsenat angehört, als zweiter Berichterstatter ein Mitglied eines Strafsenats zu bestellen und umgekehrt. Die Berichte sind schriftlich zu erstatten; eine Abschrift der Berichte und der Anträge des Oberbundesanwalts ist vor der Sitzung jedem Mitglied mitzuteilen, das zur Mitwirkung an der Entscheidung berufen ist. Der Oberbundesanwalt ist von der Sitzung rechtzeitig zu benachrichtigen.

1) Banz 1952, Nr. 83.

2) Das im Abs. 2 des im Jahre 1935 eingefügten § 137 GVG enthaltene Recht des Oberreichsanwalts, im Falle des § 137 ein V.verfahren selbständig beantragen zu können, wurde durch das Rechtsvereinheitlichungsgesetz nicht mit übernommen.

2. Auch die oberlandesgerichtl. Vorlegung erfolgt aufgrund eines Gerichtsbeschlusses, der gegebenenfalls mit einem Aussetzungsbeschuß verbunden wird.³⁾ In dem Beschuß formuliert das OLG die vorzulegende Rechtsfrage. Das Gesetz sagt, daß "die Sache" dem BGH vorzulegen ist. Daraus ist zu entnehmen, daß das OLG dem BGH die gesamten Akten zu übersenden hat. Der Sinn des Vorlegungsverfahrens erfordert es, daß das OLG seine Auffassung ausführlich begründet. Zweckmäßig dürfte auch die Darlegung der Auffassung des Gerichts, von dem es abweichen will, sein, da diese Auffassung nicht unbedingt eindeutig zu sein braucht, sondern vielleicht verschieden auszulegen sein kann. Wird so verfahren, dann übersieht der BGH sogleich den Streitstand und kann feststellen, ob wirklich eine Divergenz besteht oder ob das vorlegende Gericht etwa die Vor-Entscheidung mißdeutet hat.

Den Beschuß leitet das OLG mitsamt den Akten dem BGH zu. In entsprechender Anwendung des § 138 Abs. 2 wird vor der Entscheidung des BGH der Generalbundesanwalt gehört⁴⁾. Die Akten werden daher nur an ihn übersandt, damit er seine Anträge stellen kann.

3. Bezüglich des Vorlegungsbeschlusses bedürfen einige Fragen der Klärung:

- a) Ist der Beschuß anfechtbar? Diese Frage ist nach § 304 Abs. 4 StPO, wonach gegen Beschlüsse der OLGs und des BGH keine Beschwerde zulässig ist, zu verneinen.
- b) Setzt der Vorlegungsbeschuß die Durchführung einer Hauptverhandlung voraus? Die Frage ist grundsätzlich zu bejahen.⁵⁾ Die Vorlegung soll und kann erst erfolgen, wenn alle anderen Fragen der Sache geklärt sind, weil anders nicht sicher festzustellen ist, ob es auf die Entscheidung der Rechtsfrage überhaupt ankommt. Wie Sarstedt⁶⁾ bemerkt, kann der Senat die Frage, die er entscheiden will, erst abschließend in der Be-

3) vgl. Eb. Schmidt Randn. 38, KM Anm. 3 a, L-R Anm. 23 a, jeweils zu § 121.

4) Jagusch NJW 62, 1647.

5) vgl. L-R Anm. 23 a, Eb. Schmidt Randn. 38, jeweils zu § 121; Jagusch NJW 62, 1646.

6) Revision, S. 40.

ratung beantworten, die nach und nicht vor der Hauptverhandlung stattfindet. Eine endgültige Meinungsbildung des Gerichts ist erst zulässig, nachdem die Staatsanwaltschaft, der Angeklagte und etwaige weitere Beteiligte Gelegenheit gehabt haben, ihre Ansichten vorzutragen.

Auch die Bestimmung des § 138 Abs. 4 GVG, die von einer *e r - n e u t e n* mündlichen Verhandlung nach dem Vorlegungsverfahren spricht, deutet offensichtlich darauf hin, daß eine mündliche Verhandlung vor dem V.verfahren vorausgesetzt wird, Doch kommt eine mündliche Verhandlung z.B. dann nicht in Frage, wenn ein Revisionssenat die Revision nach § 349 Abs. 1 StPO verwerfen will oder wenn ein erstinstanzlicher Senat das Hauptverfahren nicht eröffnen will (§ 204 StPO), oder wenn ein BGH-Senat in einem V.verfahren eines OLG, das durch Beschluß zu entscheiden ist, eine Rechtsfrage an den GS vorlegt.

Eine Hauptverhandlung ist demnach nur dort Voraussetzung des V.verfahrens, wo die beabsichtigte Entscheidung des vorlegenden Senats eine solche erfordert⁷⁾.

- c) Ist der V.beschluß dem Angeklagten und den anderen Beteiligten des Verfahrens bekanntzugeben? § 35 Abs. 3 DVO zur VO Nr. 98 der Britischen Militärregierung enthielt die Bestimmung, daß der Beschluß den Beteiligten bekanntzumachen sei. Im geltenden Recht findet sich keine entsprechende Regelung⁸⁾. Doch ist der V.beschluß eine Entscheidung im Sinne des § 35 StPO und daher allen Beteiligten in der dort vorgeschriebenen Weise bekanntzumachen.⁹⁾

II. Durchführung des Vorlegungsverfahrens

1. Prüfung der Vorlegungsvoraussetzungen

a) Mit der Verweisung an den zur Entscheidung berufenen Spruchkörper wird vor diesem ein Zwischenverfahren anhängig, das der Rechtshängigkeit bei einer höheren Instanz vergleich-

7) BGH NJW 58, 510.

8) § 28 Abs. 2 Satz 2 FGG bestimmt lediglich die Bekanntgabe an den Beschwerdeführer.

9) So auch Schw.-Kl. Anm.8, zu § 121; Jagusch NJW 62, 1646.

bar ist¹⁰⁾. Der Vorlegungsbeschuß hat aber noch keine bindende Wirkung dahin, daß der höhere Spruchkörper über die Rechtsfrage sachlich entscheiden muß. Vielmehr hat dieser zunächst die Voraussetzungen der Vorlegung zu prüfen.^{10a)} Für das Verfahren vor den Großen Spruchkörpern des BGH ist das dem § 9 Abs. 4 Satz 2 GeschO des BGH zu entnehmen, der bestimmt: " Der Beschluß kann auch dahin lauten, daß die Entscheidung der Rechtsfragen mangels der Voraussetzungen der §§ 136, 137 GVG abgelehnt wird. " Im oberlandesgerichtlichen Vorlegungsverfahren gilt das gleiche¹¹⁾.

b) In den V.verfahren wegen Divergenzen erstreckt sich die Prüfung auf alle V.voraussetzungen. Der entscheidende Spruchkörper hat auch das Recht, die vorgelegte Rechtsfrage zu korrigieren, falls sie vom vorlegenden Senat unpräzise oder unrichtig im Hinblick auf den zu entscheidenden Fall formuliert worden ist.¹²⁾

Umstritten ist dagegen, ob und wie weit der GS die V.voraussetzungen prüfen darf, wenn ein BGH-Senat von seinem V.recht nach § 137 Gebrauch macht. Die Voraussetzungen dieses Verfahrens sind:

1. Das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.
2. Die Erforderlichkeit der Entscheidung für die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.
3. Die Erheblichkeit der Rechtsfrage für die Entscheidung des vorlegenden Senats.

Das Gesetz verlangt im § 137, daß die unter Ziff. 2 genannten Voraussetzungen nach Auffassung des vorlegenden Senats gegeben sein müssen; d.h., daß dieser über ihr Vorliegen nach seinem

10) So BGHZ 13, 265 für die Vorlegung nach § 136.

11) vgl. L-R Anm. 23 a, Eb-Schmidt Randn. 38, KM Anm. 3 b, jeweils zu § 138; BGH 2, 63.

12) In BGH NJW 63, 60 waren dem GSS 3 Rechtsfragen vorgelegt worden. In den Gründen sagt der BGH: "Der GSS hat nur die 2. Rechtsfrage entschieden, weil schon ihre Beantwortung das OLG ... in den Stand versetzt, über die Revision ... wie beabsichtigt zu befinden". In BGH 9, 385 dagegen hat der GSS die vorgelegte Frage allgemeiner gefaßt; er hat sich dazu aufgrund des Sachverhalts und der V.begründung berechtigt gehalten. Vgl. auch den oben behandelten Fall KG JR 54, 471.

10a) Ebenso Hanack, S. 323.

Ermessen zu entscheiden hat. In diesem Punkt entfällt deshalb ohne Zweifel das Prüfungsrecht des GS. ¹³⁾

Nach der Begründung zum Entwurf des Gesetzes vom 28.6.1935, ¹⁴⁾ durch das der § 137 in das GVG eingefügt wurde, steht dem GS aber überhaupt keine Nachprüfung der Voraussetzungen für die Anrufung im Fall des § 137 zu. Eberhard Schmidt ¹⁵⁾ stimmt dieser Auffassung mit der Begründung zu, daß es sich hier um schwierige Ermessensentscheidungen handele, die aus der Sicht des zur Fallentscheidung berufenen Senats gesehen werden müßten.

Dieses Argument trifft aber nicht auf die Frage der Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Rechtsfrage zu, weil das keine Ermessensfrage ist, sondern eine objektiv feststellbare Tatsache. ¹⁶⁾ Aber auch bezüglich der Grundsätzlichkeit der Frage kann eine Bindung des GS an die Auffassung des vorlegenden Gerichts nicht anerkannt werden. ¹⁷⁾ Im Gesetz findet sich dafür kein Anhaltspunkt. Auch könnte die Bindung des GS dazu führen, daß die Senate die Entscheidung über ihnen unbequeme Fragen ¹⁸⁾ dem GS zuschieben, ohne daß dieser die Möglichkeit hat, sich dagegen zu wehren. Schon deshalb muß dem GS die Befugnis zur Prüfung der Entscheidungserheblichkeit und der Grundsätzlichkeit der vorgelegten Frage zugewilligt werden. ^{18a)}

c) Sieht der im V.verfahren zur Entscheidung berufene Spruchkörper die Voraussetzungen der Vorlegung für nicht gegeben an, so stellt er das in einem Beschluß fest und gibt die Sache dem vorlegenden Senat zur Entscheidung in eigener Zuständigkeit zurück. Der Senat ist durch diesen Beschluß nur darin gebunden, daß kein V.fall vorliegt. ¹⁹⁾

13) Doch hat er wohl das Recht, zu prüfen, ob nicht etwa ein Ermessensmißbrauch vorliegt. So auch Hanack, S. 323.

14) Abgedruckt in den Amtl. Sonderveröffentlichungen der Dt.Justiz 1935 Nr. 10 S. 59.

15) Randn. 6 zu § 137.

16) So im Ergebnis auch L-R Anm. 3 zu § 137 und BGH 5, 325.

17) So auch Dalcke Anm. 1 und KM Anm 2c zu § 137; und BGH (GS) 10, 260 (262).

18) z.B. Fragen, die politische Auswirkungen haben oder rechtlich schwierig sind.

18a) So auch Hanack, S. 321.

19) vgl. Bay. ObLG Z 52, 192 zu § 28 Abs. 2 FGG.

Andere in dem Beschluß niedergelegte Rechtsauffassungen sind nur als Anregung zu werten; eine Bindungswirkung besitzen sie nicht.

Nach Auffassung des BGH²⁰⁾ soll im V.verfahren der OLGe der BGH die Sache auch dann ohne Entscheidung zurückgeben können, wenn er an seiner Auffassung, von der das OLG abweichen möchte, festhalten will. Das ist abzulehnen. Um die Divergenz zu beseitigen, muß der BGH über die Vorlegung entscheiden. Wenn die Gründe des OLG nicht viel Gewicht haben, kann er jedoch die Entscheidung kurz fassen und auf seine frühere Entscheidung

d) Treten während des Verfahrens neue Rechtstatsachen ein (z.B. Gesetzesänderung oder Erlaß einer nach § 31 BVerfGG bindenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts) oder ändert sich die tatsächliche Lage (z.B. durch Auftauchen von Urkunden), so hat der Spruchkörper zu prüfen, ob durch die Veränderung etwa die V.voraussetzungen entfallen sind. Diese müssen - wie die Prozeßvoraussetzungen im Rechtsstreit - bis zum Erlaß der Entscheidung gegeben sein. Eine gegenteilige Ansicht vertritt offenbar der GSZ²¹⁾, wenn er sagt, daß das Eintreten neuer Rechtstatsachen den GS weder berechtige noch verpflichte, die Sache an den vorlegenden Senat zurückzugeben, da dies auf eine Rechtsverweigerung durch den GS hinauslaufe.

Dieser Ansicht kann nicht für den Fall zugestimmt werden, daß durch die Änderung der Verhältnisse die V.voraussetzungen entfallen, weil dann die Entscheidung im V.verfahren für den Rechtsstreit entweder keine Bedeutung mehr hat oder in die Zuständigkeit des vorlegenden Senats eingreift^{21a)}. Zutreffend ist die GSZ-Auffassung allerdings für den Fall, daß die eingetretene Änderung die V.voraussetzungen nicht berührt^{21b)}.

20) BGH 2, 63.

21) LM Nr. 3 zu § 136.

21a) Im Ergebnis ebenso Hanack, S. 328.

21b) Die hier vorgenommene Unterscheidung trifft auch Hanack. Nach seiner Vermutung wollte auch der GSZ nichts anderes sagen. Hanack will aus dem Beschluß eine Unterscheidung zwischen "erledigten" und "veränderten" Fragen herauslesen. Der Leitsatz der Entscheidung trifft eine solche Differenzierung nicht. Eine Andeutung in dieser Richtung enthält nur die Bemerkung in den Gründen: "Durch die neue Sachlage hat sich die Vorlagefrage nicht etwa erledigt, sondern es

e) Jedoch hat der vorlegende Senat bei jeder Änderung der Lage das Recht, seinen V.beschluß zurückzunehmen.²²⁾ Denn über die Einleitung des V.verfahrens hat allein der vorlegende Senat zu entscheiden. Bei einer Änderung der Sach- oder Rechtslage wird dem V.beschluß die Grundlage entzogen. Eine Bindung an den V.beschluß würde daher einen Eingriff in die Entscheidungsbefugnis des vorlegenden Senats darstellen.^{22a)}

Ob der vorlegende Senat auch bei unveränderter Lage das Recht hat, den V.beschluß noch nach Zuleitung an den zur Entscheidung berufenen Spruchkörper zurückzunehmen, - wie Schäfer²³⁾ und auch Eb. Schmidt²⁴⁾ annehmen - ist zu bezweifeln. Schäfer²⁵⁾ bejaht die Zurücknehmbarkeit dann, wenn der Senat nachträglich zu der Erkenntnis kommt, daß die V.voraussetzungen nicht gegeben seien, oder wenn er sich nachträglich entschließt, von seiner abweichenden Meinung abzugehen.

Gegen den ersten Rücknahmegrund ist einzuwenden, daß die Befugnis zur Prüfung der V.voraussetzungen nach der Vorlegung auf den zur Entscheidung zuständigen Spruchkörper übergegangen und damit dem vorlegenden Senat entzogen ist.

ist nur ein Entscheidungselement für den Großen Senat verändert worden."

Ob neue Rechtstatsachen überhaupt eine Erledigung der Vorlegung zur Folge haben können oder wann sonst eine Vorlegung erledigt ist und was im Fall der Erledigung zu geschehen hat, darüber sagt der Beschluß nichts.

22) Diese Möglichkeit läßt der GSZ in der vorerwähnten Entscheidung ausdrücklich offen.

22a) Ebenso Hanack, S. 332. Zutreffend auch seine Begründung (S. 333, Anm. 78) dafür, daß die Rücknahmebefugnis mit der durch die Vorlegung gleichsam begründeten Rechtshängigkeit in einer höheren Instanz durchaus vereinbar ist.

23) In L-R Anm. 21 a zu § 121, Anm. 4 zu § 137.

24) Randn. 7 zu § 137.

25) In L-R Anm. 21 a zu § 121.

Auch eine Meinungsänderung des vorlegenden Senats nach Einleitung des V.verfahrens berechtigt nicht zur Zurücknahme des V.-beschlusses. Denn im verkündeten oder durch Zustellung bekanntgemachten V.beschluß hat der Senat seine Meinung bindend festgelegt. Hätte keine abweichende Vor-Entscheidung vorgelegen, dann hätte das Gericht seine Ansicht in einer Endentscheidung niedergelegt die auch nicht zurücknehmbar ist. Zwar beinhaltet der V.beschluß keine Sachentscheidung, aber er überträgt die für die Sachentscheidung wesentliche Entscheidung einer Rechtsfrage auf einen höheren Spruchkörper. Es widerspräche den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen, wenn ein solcher Beschluß völlig unverbindlich wäre. Auch prozeßökonomische Gesichtspunkte sprechen gegen die Rücknahme: Die am Verfahren Beteiligten haben zur Auffassung des Senats Stellung genommen, der zur Entscheidung berufene Spruchkörper hat mit der Vorbereitung der Entscheidung eventuell schon begonnen. Soll da der vorlegende Senat noch sagen können, er habe es sich anders überlegt?

Wenn gegen die Auffassung der Vor-Entscheidung so gewichtige Einwände möglich sind, daß sie einen Senat zur Vorlegung veranlassen, dann ist es im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung geboten, daß das Für und Wider im V.verfahren geklärt wird. Der vorlegende Senat kann dem zur Entscheidung berufenen Spruchkörper jedoch mitteilen, daß und warum er seine Meinung nicht mehr für richtig halte.

27a) Hanack, S. 331, schlägt statt der Rückgabe eine Anfrage des BGH-Senats beim OLG vor, ob es seine Ansicht aufrechterhalte. Doch soll das nur dann gelten, wenn die inzwischen ergangene Entscheidung alle Argumente des vorlegenden OLG berücksichtigt hat. Andernfalls soll der zur Entscheidung über die Vorlegung zuständige Senat das nicht berücksichtigte Vorbringen des OLG würdigen. Unklar bleibt dabei, ob dieser Rückgabebeschluß als bindende Entscheidung über die Vorlegung gedacht ist oder als bloße Empfehlung. Weiter wird von Hanack offengelassen, ob die Anfrage auch erfolgen soll, wenn der über die Vorlegung entscheidende Senat die Auffassung des anderen Senats nicht teilt. Diese Fragen tauchen bei der hier vertretenen Auffassung nicht auf, da die Initiative nach der Rückgabe stets dem OLG vorbehalten bleibt.

f) Legt ein OLG - im Verfahren nach § 136 ist Entsprechendes kaum möglich - dem BGH eine Rechtsfrage vor und entscheidet ein Senat in einer anderen Sache, bevor die V.entscheidung ergangen ist, die gleiche Rechtsfrage²⁶⁾, dann ist dem OLG die Sache zurückzugeben.- Ebenso ist zu verfahren, wenn der BGH bereits vor Ergehen des V.beschlusses über die gleiche Rechtsfrage entschieden hatte, ohne daß dies dem OLG bekannt war. - Wenn die getroffene Entscheidung nicht der Auffassung des vorlegenden OLG entspricht, kann dieses in derselben Sache nochmals vorlegen, denn aufgrund der Rückgabe der Vorlegung tritt keine Bindung des OLG an die BGH-Auffassung ein²⁷⁾. Zweckmäßig ist es, um der wiederholten Vorlegung vorzubeugen, daß der zur Entscheidung über die Vorlegung berufene BGH-Senat im Rückgabebeschluß auch seine Auffassung gleich ausführlich darlegt. Das OLG sieht dadurch, welche Aussichten eine erneute Vorlegung hätte.^{27a)}

2. Umfang der Entscheidungsbefugnis im Vorlegungsverfahren

a) Für das Verfahren der großen Spruchkörper schreibt § 138 Abs. 1 vor:

"Die Großen Senate und die Vereinigten Großen Senate entscheiden ohne mündliche Verhandlung nur über die Rechtsfrage."²⁸⁾ Nach § 9 Abs. 6 GeschO des BGH ergeht die Entscheidung in Form eines Beschlusses mit Entscheidungsgründen.

26) Wie im Fall BGH LM Nr. 11 zu § 121.

27) So auch KG VRS 9 (1956) 49.

28) Jagusch in NJW 62, 1647 übersieht offenbar diese Bestimmung, wenn er schreibt, die Beschränkung der Entscheidung auf die Rechtsfrage sei herrschende Ansicht, jedoch nicht schlechthin zwingend.

b) aa) Nach § 36 DVO zur Militärreg.VO Nr. 98 hatte die Vorlegung die Wirkung einer Zuständigkeitsverlagerung zur Entscheidung über die Revision. Auch im § des § 28 Abs. 2 FGG geht die Entscheidungsbefugnis über die weitere Beschwerde gemäß § 28 Abs. 3 FGG auf den BGH über. Die V.vorschriften der §§ 121 Abs. 2, 120 Abs. 3 GVG enthalten keine entsprechende Bestimmung²⁹⁾, es liegt eine Lücke im Gesetz vor. Der BGH nimmt deshalb an, daß es in seinem Ermessen stehe, ob er nur über die Rechtsfrage oder über die Revision selbst entscheidet³⁰⁾.

Baur³¹⁾ hält dagegen die Entscheidung des BGH über die Revision immer für geboten, da der BGH nach der Vorlegung wieder "seine" Revisionszuständigkeit wahrnehme, die nur zu seiner Entlastung auf die OLG übertragen worden sei. Diese Auffassung entbehrt jeder realen Grundlage. Der BGH hatte nie die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Revision in den Fällen des § 121 Abs. 1 inne, und es gibt auch keine Bestimmung, daß der BGH in Strafsachen stets die höchste Instanz sei.

Jeschek³²⁾ andererseits bezeichnet es als einen Eingriff in die Gerichtsbarkeit des vorlegenden OLG, wenn der BGH abschließend über die Revision entscheidet. Dieses Argument entbehrt nicht der Berechtigung, denn die Entscheidung über die Revision obliegt in den V.-fällen in der Tat dem OLG und der BGH wird lediglich eingeschaltet, um Divergenzen zu bereinigen. Nur dazu ist das V.verfahren da. Deshalb kann aus der Vorlegung nicht die Berechtigung des BGH entnommen werden, über die Revision zu entscheiden. Doch bringt die Auffassung des BGH, so wie sie praktiziert wird, keine Beeinträchtigung der Rechtsprechungsgewalt der OLG mit sich. Der BGH entscheidet nämlich im V.verfahren nur dann durch Urteil über die Revision selbst, wenn dies nach der Entscheidung des Vorlegungs-

29) Sarstedt glaubt aus den Gesetzesworten, das OLG habe "die Sache" vorzulegen, und aus dem Umstand, daß für die OLG eine dem § 138 Abs. 1 entsprechende Vorschrift fehlt, entnehmen zu können (S. 35 Anm. 13), daß es im Ermessen des BGH liegt, ob er über die Revision oder nur über die Rechtsfrage entscheidet. Daraus

satzes keine weitere Mehrarbeit macht, d.h. wenn er dem vorlegenden OLG in allen anderen Punkten beitrifft und die Sache sonst entscheidungsreif ist.^{32a)}

Da diese Handhabung zweckmäßig ist und eine wesentliche Verfahrensvereinfachung bedeutet, muß ihr aus dem Gesichtspunkt der Prozeßökonomie zugestimmt werden. Allerdings darf der BGH die gezogene Grenze nicht überschreiten³³⁾. Das Ermessen des BGH in der Wahl der Entscheidung besteht daher nur darin, daß er dann, wenn nach der Entscheidung der Rechtsfrage die Revision entscheidungsreif ist, die Wahl zwischen einem Beschluß im V.verfahren oder einem Urteil in der Revision hat.

bb) Das kann allerdings nicht in gleicher Weise für die Vorlegungen der erstinstanziellen OLG-Senate nach § 120 Abs. 3 gelten. Die Verkündung des Urteils ist ein Bestandteil der Hauptverhandlung, § 260 Abs. 1 StPO. Daher müßte der BGH, wenn er das Urteil erlassen wollte, auch die Hauptverhandlung durchführen. Da die Vorlegung vom OLG meist am Ende der Hauptverhandlung beschlossen wird, wäre die Folge, daß wegen der Divergenz zwei Hauptverhandlungen durchgeführt werden müßten. Es bedarf keiner Erörterung, daß dieses Ergebnis völlig untragbar ist und auch nicht damit gerechtfertigt werden kann, daß es zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich wäre.

Im Vorlegungsverfahren der erstinstanziellen OLG-Senate entscheidet daher der BGH stets nur über die Rechtsfrage.³⁴⁾

läßt sich aber ebenso gut folgern, daß der BGH über die Revision zu entscheiden hat.

30) BGH 2,63 (der entscheidende Abschnitt ist jedoch nur in JZ 52, 149 enthalten); so auch L-R Anm. 23, Eb.Schmidt Randnote 40, jeweils zu § 121.

31) JZ 53, 326.

32) Goltd. A. 56, 116.

32a) Hanack, S. 71, Anm. 34, schließt sich der Meinung Eberhard Schmidts, Randn. 40 zu § 121, an, daß der BGH nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten entscheiden kann, ob er über die Sache selbst befinden will.

33) Abzulehnen ist besonders die Auffassung des BGH (LM Nr. 3 zu § 121) im Falle der anderweitigen Erledigung der Streitfrage dürfe er über die Sache selbst entscheiden, anstatt den V.beschluß zurückzugeben; der Gesichtspunkt der Prozeßökonomie kommt hier nicht zum Tragen (so auch L-R, Anm. 23b zu § 121; a.A. Jagusch in der Anm. zu BGH LM Nr. 3 zu § 121). Zustimmend jetzt auch Hanack, S. 329.

34) vgl. Eb. Schmidt Randn. 11, L-R Anm. 7b), jeweils zu § 120; a.A. Dalcke, Anm. 4 zu § 120 (ohne nähere Begründung).

3. Wirkung der Entscheidung über die vorgelegte Frage

a) Der vorlegende Spruchkörper ist an die im V.verfahren ergangene Entscheidung in dem Fall, der Anlaß zur Vorlegung gegeben hat, gebunden. Für die Vorlegung der BGH-Senate spricht § 138 Abs. 3 GVG die Bindung aus. Eine entsprechende Vorschrift für die Oberlandesgerichte fehlt. Die Bindung ergibt sich hier aber schon daraus, daß das OLG bei einem Abweichen von der Vorlegungsentscheidung wiederum vorlegen müßte.

Die Bindung besteht in zweierlei Hinsicht:

- a) bezüglich der Richtigkeit des aufgestellten Rechtssatzes,
- b) bezüglich der Entscheidungserheblichkeit des Rechtssatzes.

Die Bindung bedeutet daher für den vorlegenden Senat, daß er die entschiedene Rechtsfrage zu einem Bestandteil seiner Entscheidung zu machen hat.

b) Für spätere gleichartige Fälle besitzt die Entscheidung im V.verfahren nicht mehr Bedeutung als eine andere zur Vorlegung nötigende Entscheidung. Will ein Senat von ihr abweichen, dann kann er erneut ein V.verfahren einleiten; das gilt selbstverständlich auch für denjenigen Senat, der durch seine Vorlegung die Entscheidung veranlaßt hat. Allerdings werden besonders die Entscheidungen der großen Spruchkörper des BGH, obwohl auch sie keine präjudizielle Wirkung im Sinne einer Festlegung des Rechts haben, in der Praxis eine erhöhte Bindung ausüben, denn auch ein Senat, der mit der Lösung des Problems nicht einverstanden ist, wird die erneute Anrufung des Großen Senats in den meisten Fällen unterlassen, weil nicht zu erwarten ist, daß dieser in absehbarer Zeit seine Meinung ändert, es sei denn, daß wesentliche neue Gesichtspunkte aufgetaucht sind.

III. Das Vorlegungsverfahren als gerichtliches Verfahren

1. Das Wesen der im V.verfahren über die Rechtsfrage getroffenen Entscheidung ist schwer zu bestimmen. Sie nimmt eine eigenartige Zwitterstellung ein. Von vielen Seiten wird gelegnet, daß sie eine gerichtliche Entscheidung ist.^{34a)}

Schon die Begründung zum Entwurf des Abänderungsgesetzes von 34a) Hanack, S. 388, läßt die Frage offen.

1886³⁵⁾ sagt: "Die Plenarentscheidung, welche lediglich einen Rechtssatz als solchen ohne Anwendung desselben auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis feststellt, ist kein Akt der Rechtsprechung ... sie ist ... ihrer Natur nach die autoritative Äußerung einer Rechtsauffassung und darin nicht verschieden von einem Gutachten, welches die bei einem Rechtsverhältnis Beteiligten von einer Autorität in der Absicht einholen, sich demselben zu unterwerfen". Auch Beling³⁶⁾ bestreitet den Entscheidungscharakter des Ausspruchs und sagt, es handle sich um "eine auf den positiv-rechtlichen Rechtsbestand als Gegenstand gerichtete, rein theoretische Aussage". Ähnlich bewertet Schäfer³⁷⁾ die Entscheidung im V.verfahren, indem er äußert, daß es "sich nur um die Entscheidung einer von dem Einzelfall losgelösten Rechtsfrage in einem nicht gegen eine bestimmte Person gerichteten Zwischenstreit handelt".

Zwar ist es richtig, daß die Entscheidung im V.verfahren keine konkrete Rechtsfolge ausspricht und auch sonst keine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber den Prozeßbeteiligten erzeugt; das tut erst die auf ihr basierende Entscheidung des erkennenden Senats. Andererseits ist diese Entscheidung auf enge Weise mit dem konkreten Fall verbunden. Die Vorlegung geschieht, um über eine für den Prozeß wesentliche Rechtsfrage Klarheit zu schaffen. Die Entscheidung der Rechtsfrage muß für die Ableitung der Rechtsfolgen erforderlich sein. Der Spruchkörper, dem die Frage vorgelegt wird, hat diesen Umstand zu prüfen. Er darf - was aus der Bindungswirkung seiner Entscheidung folgt - nur soweit zu der Rechtsfrage Stellung nehmen, wie es erforderlich ist, um dem erkennenden Senat die notwendige Richtschnur für die Entscheidung in der ihm vorliegenden Sache zu geben.³⁸⁾

Man kann nicht sagen, daß die Entscheidung der Rechtsfrage kein Akt der Rechtsprechung sei. Denn es handelt sich um die Willensentschließung eines gerichtlichen Spruchkörpers, die im allgemeinen Sprachgebrauch ebenso als Entscheidung angesehen wird,

35) Abgedr. in ZZP 9 (1886), 540.

36) Goldt.A 67 (1919) 172, dem sich Eb.Schmidt Anm. 2 zu § 138 anschließt.

37) In L-R Anm. 3 zu § 132.

38) L-R Anm. 5 a zu § 138.

wie jede konkrete Fallentscheidung; auch für die V.pflicht wird sie als Vor-Entscheidung den Sachentscheidungen gleichgestellt.

Die Rechtsprechung besteht nicht nur im Ausspruch einer konkreten Rechtsfolge, sondern auch in der Ableitung dieser Folge aus dem Gesetz, die die Begründung der Entscheidung bildet. Im Vorlegungsfall wird aus Gründen der Rechtseinheit - also aus Gründen, die außerhalb des Prozesses liegen - dem erkennenden Gericht die Feststellung eines Rechtssatzes entzogen und auf einen anderen Spruchkörper übertragen. Den aufgestellten Rechtssatz muß der erkennende Senat zum Bestandteil seiner Urteilsgründe machen. Hätte keine Divergenz vorgelegen, wäre es Aufgabe des entscheidenden Senats gewesen, diesen Rechtssatz aufzustellen.

In der Wirkung ist die V.entscheidung dem aufhebenden Revisionsurteil zu vergleichen: Wie dieses bindet sie ein Gericht an die Rechtsauffassung einer übergeordneten Instanz.

Ergebnis: Zwar läßt sich die Entscheidung im V.verfahren nicht eindeutig als gerichtliche Entscheidung im herkömmlichen Sinn bezeichnen. Doch weist sie so viele Übereinstimmungen mit einer gerichtlichen Entscheidung auf, daß sie wie eine solche zu behandeln ist, wenn ihre Besonderheiten nicht etwas anderes erfordern. Das muß von Fall zu Fall geprüft werden.

2.) Von praktischer Bedeutung ist das Wesen der Entscheidung im V.verfahren vor allem für folgende Fragen:

a) für die Gewährung rechtlichen Gehörs im V.verfahren

Nach Art. 103 Abs. 1 GG hat vor Gericht jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör. In den V.verfahren ist eine Anhörung des Angeklagten nicht vorgesehen, lediglich die Anhörung des Oberbundesanwalts ist in § 138 Abs. 2 gesetzlich geregelt.

Doch im Hinblick darauf, daß der erkennende Senat an den im V.verfahren aufgestellten Rechtssatz gebunden ist, müssen die Beteiligten Einfluß darauf nehmen können, ob die V.entscheidung von Rechts wegen zulässig ist und welchen Inhalt sie hat.³⁹⁾ Es genügt nicht, daß sie vor dem erkennenden Senat bis zur Vor-

39) Jagusch, NJW 62, 1646.

legung Gelegenheit zur Äußerung hatten ⁴⁰⁾. Deshalb ist ihnen Gelegenheit zu geben, zum V.beschluß gegenüber dem entscheidenden Spruchkörper Stellung zu nehmen. Da im V.verfahren keine mündliche Verhandlung stattfindet, ⁴¹⁾ ist das Gehör schriftlich zu gewähren.

Treten während des V.verfahrens neue Umstände ein, die für die rechtliche Beurteilung wesentlich sind, müssen die Beteiligten dazu vom zur Entscheidung berufenen Spruchkörper gehört werden. ⁴²⁾ Das gleiche gilt, falls der Bundesanwalt sich zu Verfahrenstat-sachen äußert oder anderweit in tatsächlicher Beziehung Stellung nimmt; ⁴³⁾ wenn er dagegen nur Darlegungen zu Rechtsfragen macht, handelt es sich lediglich um rechtliche Äußerungen, die jedem Beteiligten stes freigestellt sind.

Beschließt der BGH im V. verfahren nach § 121 Abs. 2 endgültig über die gesamte Revision zu entscheiden, so muß er sein Verfahren gemäß den §§ 350, 351 StPO gestalten und den Beteiligten, wie in jeder anderen Revisionsverhandlung, Gelegenheit zur mündlichen Äußerung geben, da sie vor ihm noch nicht zu Wort gekommen sind.

b) für die Ausschließung eines Richters

Schäfer ⁴⁴⁾ verneint die Ausschließbarkeit eines Richters im V.verfahren aus den im § 22 StPO angeführten Gründen mit dem Hinweis darauf, daß das V.verfahren einen nicht gegen bestimmte Personen gerichteten Zwischenstreit darstelle. Diese Ansicht ist abzulehnen, weil aufgrund der Bindungswirkung die Entscheidung des Rechtssatzes für die Entscheidung des erkennenden Senats maßgebend ist ⁴⁵⁾ und daher das gleiche Interesse wie bei dieser besteht, daß keine Personen daran beteiligt sind, deren Unvoreingenommenheit fraglich erscheint.

40) a.A. Eb. Schmidt, Anm. 5 zu § 138, der sich auf Jagusch in NJW 59, 269 bezieht; diese Auffassung wurde aber von Jagusch in NJW 62, 1646 aufgegeben.

41) So § 138 Abs. 1 für das Verfahren vor den großen Spruchkörpern des des BGH; für das oberlandesgerichtliche V.verfahren gilt das gleiche, da es ein Beschlußverfahren ist.

42) BGH LM Nr. 3 zu § 136.

43) Jagusch, NJW 62, 1647.

44) L-R, Anm. 3 zu § 132.

45) So auch Eb. Schm., Anm. 3, Schw.-Kl., Anm. 2, jeweils zu § 132.

Keine Anwendung auf das V.verfahren findet jedoch § 23 StPO ⁴⁶⁾, wonach ein Richter, der bei einer durch Rechtsmittel angefochtene Entscheidung mitgewirkt hat, bei einer Entscheidung in einem höheren Rechtszug nicht mitwirken darf. Denn die Besorgnis der Befangenheit des Richters besteht im V.verfahren nicht, weil es nicht zur Überprüfung einer Entscheidung der unteren Instanz dien § 132 Abs. 5 Satz 2 sieht daher auch vor, daß der vorlegende Senat zur Beschlußfassung des Großen Senats über die Vorlegung ein stimmberechtigtes Mitglied entsenden kann.

Desgleichen kann ein Richter bei der Entscheidung über die Vorlegung eines OLG mitwirken, der eine der divergierenden Entscheidungen mitentschieden hat.

c) für die Abstimmung bei der V.entscheidung

Zu jeder dem Angeklagten nachteiligen Entscheidung ist im Strafprozeß gemäß § 263 StPO eine Mehrheit von 2/3 der Stimmen erforderlich. § 132 Abs. 5 Satz 3 geht davon aus, daß bei den Entscheidungen in den großen Senaten mit einfacher Mehrheit abgestimmt wird, denn er bestimmt, daß bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gibt.

Ob diese Regelung getroffen wurde, weil der Gesetzgeber den Entscheidungscharakter des Ausspruchs der großen Senate verneinen wollte ⁴⁷⁾, erscheint zweifelhaft. Denn auch bei den zurückverweisenden Urteilen der Revisionsgerichte wurde nach herrschender Auffassung seit jeher ⁴⁸⁾ nur mit einfacher Mehrheit abgestimmt. ⁴⁹⁾ Die Vermutung spricht eher dafür, daß der Gesetzgeber im Hinblick auf die Verwandtschaft der Entscheidung im V.verfahren mit der zurückverweisenden Revisionsentscheidung die Abstimmung gleich regeln wollte.

46) Hanswerner Müller NJW 61,102.

47) So Beling Goltd.A. 67(1919), 172.

48) vgl. die Nachweise bei Eb.Schmidt Randn. 11 zu § 263 StPO.

49) Nach Jagusch in L-R Anm. 4 zu § 352 StPO und Schw.-Kl. Anm. 1 zu § 263 StPO genügt beim Revisionsgericht stets die einfache Mehrheit.

6. Abschnitt: Die Verletzung der Vorlegungspflicht

I. Gründe für die Verletzung

Eine Verletzung der Vorlegungspflicht kann verschiedene Gründe haben.¹⁾ In den wenigsten Fällen wird sie bewußt erfolgen²⁾. Meistens geschieht das Abweichen unbewußt. Entweder übersieht das Gericht die Vor-Entscheidung, oder es kann sie gar nicht kennen, weil sie nicht oder noch nicht veröffentlicht worden ist. Auch kann das Gericht die Rechtsansicht der Vorentscheidung mißdeuten und deshalb das Abweichen nicht bemerken. Schließlich besteht noch die Möglichkeit, daß die Vorlegungsvorschriften vom Gericht falsch ausgelegt werden.

II. Folgen der Verletzung

1. Wirksamkeit der Entscheidung

Eine unter Verletzung der Vorlegungspflicht ergangene Entscheidung ist nach allgemeiner Auffassung voll wirksam. Will ein anderes Gericht von ihr abweichen, muß es seinerseits vorlegen. Handelt es sich um eine zurückverweisende Revisionsentscheidung, so entfällt für den Unterrichter nicht die Bindungswirkung³⁾, denn es widerspräche dem Aufbau des Gerichtswesens, wenn ein untergeordnetes Gericht über die Richtigkeit der Entscheidung eines höherrangigen Gerichtes zu befinden hätte.⁴⁾ Nur bei einer eventuellen neuen Revision kann die Vorlegung nachgeholt werden⁵⁾.

2. Angreifbarkeit der Entscheidung

a) Eine Möglichkeit für die Parteien, die Vorlegung zu erzwingen, besteht nicht.⁶⁾ Auch ein Senat des BGH im Vorlegungsverfahren der Oberlandesgerichte und der Große Senat oder die Vereinigten Großen Senate im Verfahren nach § 136 können eine Sache nicht an sich ziehen, wenn sie unter Verletzung der Vorlegungspflicht entschieden wurde.

1) vgl. die bei Sarstedt, S. 37 angeführten Beispiele.

2) wie z.B. OLG Köln NJW 53, 357, das sich auf seine ständige Praxis gegenüber anderen Gerichten beruft; damit meint es auch eine ständige Rechtsprechung des BGH.

3) a.A. Becker NJW 55, 1262.

4) Vergl. im übrigen die Entgegnung Sarstedts auf die Ausführungen Beckers in NJW 55, 1629, der zugestimmt werden muß.

5) vgl. dazu oben S. 116.

6) vgl. OLG Bremen NJW 56, 387 bzgl. der Vorleg. an das BVerfG.

b) Da die Entscheidungen, bei denen die Vorlegungspflicht zu beachten ist, stets im letzten Rechtszug ergehen, ist gegen sie kein reguläres Rechtsmittel gegeben.

Auch eine Wiederaufnahme wegen Verletzung der V.pflicht kann de lege lata nicht erfolgen, da keiner der in der Strafprozeßordnung (§§ 359, 362) genannten Wiederaufnahmegründe vorliegt⁷⁾.

c) Als einzige Möglichkeit eines Angehens gegen die unter Verletzung der V.pflicht ergangene Entscheidung erscheint die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht gem. § 90 ff. BVerfGG einer Erwägung wert. Zwei Gründe für eine Verfassungsbeschwerde sind denkbar.

aa) Die Verletzung des Gleichheitssatzes. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG hat den Anspruch des einzelnen zum Inhalt, von allen Organen der Regierung, Verwaltung und Rechtsprechung ohne Ansehen der Person bei Gleichheit der tatsächlichen Verhältnisse und Gleichheit der Rechtslage gleich, d.h. nicht anders als alle übrigen, behandelt zu werden. Das kann aber nicht heißen, daß jede gerichtliche Entscheidung, in der eine Rechtsfrage anders beantwortet wurde als von einem anderen Gericht, mit der Verfassungsbeschwerde angreifbar wäre. Würde man den Gleichheitssatz so extensiv auslegen, dann könnten die Gerichte nicht einmal mehr von ihren eigenen Entscheidungen abweichen. Über den Gleichheitssatz wäre dann eine präjudizielle Bindung der Gerichte eingeführt, die nicht nur jeden Fortschritt des Rechts, sondern überhaupt jede sinnvolle und damit auch gerechte Rechtsprechung unmöglich machte. Sarstedt⁸⁾ weist darauf hin, daß sich auch jeder Fehler in der Rechtsanwendung oder im Verfahren als Verstoß gegen den Gleichheitssatz auffassen ließe. Das BVerfG sieht deshalb eine Verletzung des Gleichheitssatzes in gerichtlichen Entscheidungen nur dann als gegeben an, wenn die Fehler "bei verständiger Würdigung der das Grundge-

7) Fuchs in LZ 1927, S.92, hielt in Zivilsachen bei Verletzung der V.pflicht die Nichtigkeitsklage aus § 579 Abs.1 Ziff.1 ZPO für gegeben, doch räumte er selbst ein, daß diese Möglichkeit in der Praxis nicht zu verwirklichen sei. Von der h.M. wurde selbst die theoretische Anwendbarkeit dieser Vorschrift bestritten, vgl. Lauterjung, S.37 mit Nachweisen.

8) NJW 55, 1629.

setz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich sind und sich daher der Schluß aufdrängt, daß sie auf sachfremden Erwägungen beruhen ⁹⁾. Die Verletzung der Vorlegungsvorschriften beruht nur dann auf sachfremden Erwägungen, wenn sie bewußt geschieht. ¹⁰⁾ Die überwiegende Zahl der Verletzungen der V.pflicht erfolgt aber unbewußt. Doch selbst in den Fällen, in denen ein Gericht bewußt abweichen will, wird es das selten zugeben; es gibt auch meistens eine Möglichkeit zu begründen, daß eine V.pflicht nicht vorliegt. Die Verf.beschwerde wird daher selter. Erfolg haben.

bb) Die Entziehung des gesetzlichen Richters. Der in § 16 Satz 2 GVG aufgestellte Grundsatz, daß niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf, wurde wörtlich als Art. 101 Abs. 1 in das Grundgesetz übernommen. Dadurch hat er Verfassungsrang bekommen und seine Verletzung läßt sich durch eine Verfassungsbeschwerde überprüfen. Der gesetzliche Richter ist der Richter oder Spruchkörper, der nach dem Gesetz für die richterliche Handlung zuständig und dem Gesetz gemäß aufgrund allgemeiner Regelungen berufen ist ¹¹⁾. Daß die Entscheidung im V.verfahren wegen ihrer bindenden Wirkung für das vorlegende Gericht als richterliche Handlung anzusehen ist, wurde bereits oben geklärt ¹²⁾. Nach der jetzt allgemein anerkannten Auffassung des BVerfG ¹³⁾ erstreckt sich die Schutzfunktion des Art. 101 GG auch darauf, daß niemand durch Maßnahmen innerhalb der Gerichtsorganisation dem in seiner Sache gesetzlich berufenen Richter entzogen werde ¹⁴⁾. Das bedeutet allerdings nicht, daß Art. 101 Abs.1 Satz 1 GG in jedem Falle verletzt wäre, in dem ein anderer als der "gesetzliche Richter" tätig geworden ist. Vielmehr scheidet nach Auffassung des BVerfG ¹⁵⁾ eine Entziehung des gesetzlichen Richters aus, wenn die Maßnahme eines Richters, die eine solche Folge herbeiführt, auf einem Verfahrensirrturn (error in procedendi) beruht.

9) NJW 54, 1153.

10) Wie im Fall des OLG Köln in Anm. 2.

11) Schwarz-Kl. Anm. 4 zu § 16 GVG.

12) Vgl. S. 132.

13) BVerfG in NJW 56, 545.

14) Der BGH hatte früher (BGHZ 6, 178 (182)) die Ansicht vertreten, diese Bestimmung wolle nur von außen kommende Eingriffe in die gerichtliche Zuständigkeit verhindern und werde daher durch Entscheidungen des erkennenden Gerichts nicht berührt. Inzwischen hat sich der BGH dem BVerfG angeschlossen; vgl. BGHZ 20, 358 und BGH NJW 58, 430.

15) NJW 56, 545.

Wie Stree ¹⁶⁾ zutreffend bemerkt, kann entsprechend der Funktion dieser Verfassungsnorm, die Rechtsstaatlichkeit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung zu gewährleisten, eine verfassungswidrige Richterentziehung nur bei solchen Verstößen angenommen werden, bei denen sich ein staatliches Organ über die Prinzipien des Rechtsstaates hinweggesetzt hat. Daher bietet Art. 101 GG jedenfalls soweit er sich auf gerichtsinterne Maßnahmen bezieht, nur einen Schutz gegen Willkür ¹⁷⁾. Die Streitfrage, ob die Willkür nur nach objektiven Merkmalen zu bestimmen ist ¹⁸⁾, oder ob darüber hinaus der Vorsatz vorliegen muß ¹⁹⁾, den gesetzlichen Richter nicht tätig werden zu lassen, ist mit Stree ²⁰⁾ dahin zu beantworten, daß entsprechend der Auslegung des Gleichheitssatzes, nach der eine objektiv willkürliche Andersbehandlung bereits den Art. 3 GG verletzt, eine objektiv willkürliche Richterentziehung genügt; denn Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG ist letztlich nur eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Da eine fehlgehende Auslegung der V.vorschriften oder der Vor-Entscheidung nicht als Willkürakt angesehen werden kann, wird die Verfassungsbeschwerde wegen Entziehung des gesetzlichen Richters in den meisten Fällen der Verletzung der V.vorschriften eine Korrektur der Entscheidung nicht herbeiführen können ²¹⁾.

So bedauerlich das im Hinblick darauf sein mag, daß die Verfassungsbeschwerde das einzige Mittel gegen die Verletzung der V.pflicht darstellt, so verständlich ist es andererseits. Denn die Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung obliegt primär den obersten Instanzgerichten. Das Bundesverfassungsgericht hat vor allem die einheitliche Auslegung der Grundrechtsbestimmungen zu gewährleisten, es soll dagegen nicht als Superrevisionsinstanz die einheitliche Rechtsprechung in allen Rechtsmaterien garantieren. ²²⁾ Desgleichen kann die Verfassungsbeschwerde nicht dazu dienen, Lücken im Rechtsschutzsystem zu füllen.

16) NJW 59, 2051.

17) so auch BGH NJW 58, 430.

18) BVerfGE 7, 329.

19) so Bettermann in Bettermann - Nipperdey - Scheuner, "Die Grundrechte" III/2 S. 565.

20) a.a.O. S. 2052.

21) Soweit ersichtlich, hat auch noch keine Verf.beschwerde wegen Verletzung der V.pflicht Erfolg gehabt.

22) So auch Böttcher "Die Gleichheit vor dem Richter" S. 32.

Schlußbetrachtung

1. Die Wirksamkeit der Vorlegungsvorschriften in der Praxis

Der BGH hat in den 12 Jahren seit der Einführung der oberlandesgerichtlichen Vorlegungspflicht über annähernd 200 Vorlegungen entschieden. Die Vorlegungsfreudigkeit der einzelnen Oberlandesgerichte war dabei sehr unterschiedlich, wie man aus den Zusammenstellungen in den BGH-Entscheidungsbänden ersehen kann.

Bei der Auslegung der Vorschriften hat der BGH danach getrachtet, aus ihnen ein wirksames Instrument zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung zu machen. Dabei hat er jedoch jede unnötige Einengung der Entscheidungsfreiheit der Oberlandesgerichte zu vermeiden gesucht. Die Auslegung der Bestimmungen durch die Oberlandesgerichte erwies sich dagegen in manchen Punkten als zu eng.

Die Auffassung Sarstedts,¹⁾ daß die oberlandesgerichtlichen Vorlegungsvorschriften zwar im Interesse der Rechtseinheit gut gemeint seien, aber doch eine Übertreibung darstellten, bedarf in Anbetracht der Fülle der vorgelegten Fälle keiner weiteren Entgegnung.

Auch die Beobachtung Sarstedts²⁾ daß die V.pflicht den Oberlandesgerichten schon nach wenigen Jahren ihrer Geltung so unbequem zu werden beginne, daß sie sogar in veröffentlichten Entscheidungen dagegen verstießen³⁾, kann nicht bestätigt werden. Jedenfalls sind in den letzten Jahren keine derartigen Fälle bekannt geworden. Dagegen muß festgestellt werden, daß die Zahl der oberlandesgerichtlichen Vorlegungssachen in

1) Revision S. 36.

2) Revision S. 37.

3) Diese Äußerung hat Sarstedt mitsamt den Beispielen aus den Jahren 1952/53 unverändert aus der 3.Auflage (1954) - dort S. 32 - in die 4.Auflage (1962) übernommen!

jüngster Zeit stark gestiegen ist. In der Entscheidungssammlung des BGH sind in Band 1 ein V.fall, in Band 2 zwei und in Band 3 fünf V.entscheidungen abgedruckt; demgegenüber enthält Band 15 vierzehn, Band 16 fünfundzwanzig und Band 17 zweiundzwanzig Vorlegungssachen.

Zusammenfassend kann man sagen, daß sich die oberlandesgerichtliche Vorlegungspflicht bewährt hat. Zu einer Überlastung der Strafsenate des BGH hat sie nicht geführt.³⁾ Doch bedarf es noch entscheidender Maßnahmen und Verbesserungen, damit die Vorschriften die Einheitlichkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu sichern vermögen.

Der Große Strafsenat des BGH hat bis jetzt⁴⁾ über 25 Vorlegungen der BGH-Senate entschieden;⁵⁾ die Vereinigten Großen Senate sind zweimal zusammengetreten. Viele Divergenzen wurden durch eine Anfrage ausgeräumt.

Die Auslegung der §§ 136 ff. GVG durch den BGH ist zwar in einigen Fragen enger als die der oberlandesgerichtlichen V.vorschriften, aber von den meisten unberechtigten Einschränkungen, die das RG bei § 136 gemacht hat, ist der BGH abgegangen. Am bedeutendsten war hier die Entscheidung in BGH 10, 94, daß die V.pflicht auch dann gilt, wenn bereits ein Senat unberechtigt abgewichen ist.

Der Vorwurf des horror pleni wird noch zuweilen erhoben⁶⁾, doch bestehen keine wesentlichen Widersprüche zwischen den einzelnen Senaten. Auch findet sich keine gewaltsame Verneinung oder das Totschweigen von Divergenzen - wie es beim RG üblich war - in den Entscheidungen des BGH.

Man kann daher sagen, daß sich die V.vorschriften für die BGH-Senate mit ihrer Kombination von V.pflicht bei Divergenzen und V.recht in grundsätzlichen Fragen als wirksames Mittel zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung innerhalb des Gerichts erwiesen haben.^{6a)}

3) So auch Duske, S. 136 (auf Grund einer privaten Auskunft Sarstedts).

4) März 1963.

5) Vgl. über Inhalt und Bedeutung dieser Entscheidungen Richard Busch "Die Rechtsprechung des Großen Senats für Strafsachen" in DRiZ 60, 347.

6) Vgl. die Nachweise in der Anmerkung von Sarstedt zu BGH LM Nr. 10 zu § 121 GVG; bei den angeführten Beispielen handelt es sich meist um Urteile, die entweder kurz hintereinander ergangen sind oder nur in obiter dicta abweichen.

2. Reformfragen

Bei den V.vorschriften der OLGe ist es erforderlich, daß der Gesetzgeber die V.pflicht auch auf Abweichungen innerhalb eines OLG ausdehnt. Im internen Bereich der OLGe sollte der Vorlegung eine Anfrage vorgeschaltet werden. Die Errichtung großer Senate bei den OLGEn empfiehlt sich nicht, da der Nutzen den Aufwand nicht rechtfertigt. Diese Senate könnten eine Divergenz nur innerhalb eines einzelnen OLG beseitigen. Damit wäre die Frage für die höchstrichterliche Rechtsprechung allgemein noch nicht geklärt. Deshalb ist es besser, für den Fall, daß der andere OLG-Senat seine Auffassung auf Anfrage nicht aufgibt, sofort den BGH entscheiden zu lassen.

Empfehlenswert erscheint es aus den bereits dargelegten Gründen auch, die V.pflicht auf Entscheidungen über Revisionen, die ausschließlich auf die Verletzung von Landesrecht gestützt sind, auszudehnen.

Bei einer Änderung des Vorlegungsrechts der OLGe könnte man auch gleich die Vorschriften klarer fassen und die erarbeiteten Auslegungsergebnisse - wenigstens teilweise - kodifizieren.

Vorgeschlagen wird ferner, die beiden Vorschriften in einem einzigen Paragraphen zusammenzufassen, der die Nummer 121 a erhalten könnte.

Diese Bestimmung sollte etwa folgenden Wortlaut haben:

Abs. 1: Will in einer Rechtsfrage ein Senat eines Oberlandesgerichtes von einer nach dem 1.4.1950 ergangenen Entscheidung eines anderen Senates desselben Oberlandesgerichtes oder des Senates eines anderen Oberlandesgerichtes oder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes abweichen, so hat er die Sache diesem vorzulegen.

Abs. 2: Die Vorlegungspflicht besteht nur zwischen Entscheidungen nach § 120 Abs. 1 Satz 1, § 121 Abs. 1 Nr. 1 und Entscheidungen über die Sprungrevision.

Abs. 3: Will ein Senat von einem anderen Senat desselben Oberlandesgerichtes abweichen, so hat er zunächst bei diesem anzufragen, ob er der Abweichung zustimmt; wenn der andere Senat zustimmt, bedarf es der Vorlegung nicht.

6a) Hanack, S. 365, kommt zum Ergebnis, "daß es keine Gründe gibt, das ... recht elastische Prinzip der mittelbaren Bindung zum Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit in radikaler Weise zu verändern."

Am meisten beeinträchtigt die Wirksamkeit der oberlandesgerichtlichen V.vorschriften die unzureichende Publikation der Entscheidungen der Oberlandesgerichte. In dieser Hinsicht ist eine Verbesserung unerlässlich, weil sonst die Einheitlichkeit der Rechtsprechung weitgehend dem Zufall überlassen bleibt.

Eine Einführung von selbständigen Entscheidungssammlungen der einzelnen OLGe empfiehlt sich bei der großen Zahl von Gerichten nicht, da eine starke Unübersichtlichkeit die Folge wäre und zudem nicht die Gewähr bestünde, daß wirklich nur Entscheidungen veröffentlicht werden, die für die anderen OLGe etwas Neues und Wichtiges bringen.

Am sinnvollsten dürfte es sein, eine zentrale Dokumentationsstelle zu errichten, bei der alle Entscheidungen der OLGe, die zu Fragen Stellung nehmen, mit denen sich der BGH noch nicht befaßt hat, gesammelt und ausgewertet werden. Diese Stelle müßte bei einem zentral gelegenen OLG oder beim BGH oder bei der Bundesanwaltschaft eingerichtet werden und wäre mit mehreren Richtern zu besetzen.

Ihre Aufgabe wäre es zunächst, die Fachzeitschriften bei der Auswahl der zu veröffentlichenden OLG-Entscheidungen zu beraten und möglichst darauf hinzuwirken, daß die Veröffentlichung so geschieht, daß zu ersehen ist, auf welchen Gründen die Entscheidung beruht.

Dann müßte sie periodisch eine systematisch geordnete Rechtsprechungsübersicht herausgeben, die grundsätzlich nur die Leitsätze mit den Veröffentlichungshinweisen zu enthalten brauchte; wesentliche Entscheidungen, die von Fachzeitschriften nicht veröffentlicht wurden, wären jedoch im Wortlaut zu bringen. Diese Übersichten könnten in Lose-Blatt-Form herausgegeben werden, um ihre Einordnung zu erleichtern.

Die Hauptaufgabe dieser Stelle aber wäre es, die OLGe darüber zu informieren, ob sie mit ihrer Entscheidung von einem anderen OLG abweichen. Gegebenenfalls könnte man die OLGe verpflichten, jede Entscheidung vor der Verkündigung mit ausgezogenem Leitsatz

dieser Stelle vorzulegen. Erst nach der Meldung, daß keine abweichende Entscheidung vorhanden sei, dürfte die Entscheidung verkündet werden. Falls divergierende Entscheidungen vorliegen, wäre das unter Bezeichnung der Fundstellen oder Beifügung von Abschriften dem Gericht mitzuteilen. Bei den heute zur Verfügung stehenden technischen Hilfsmitteln und Beförderungsmöglichkeiten könnte dieser Prüfungsvorgang innerhalb weniger Tage abgeschlossen sein. Diese Verzögerung wäre durch den Gewinn an Rechtssicherheit voll gerechtfertigt.

Die V.vorschriften für die BGH-Senate bedürfen keiner tiefgreifenden Verbesserung. Wünschenswert wäre, daß die Anfrage in den V.vorschriften selbst geregelt würde. Weiter könnte man das V.verfahren - gegebenenfalls auch gleichzeitig für die Oberlandesgerichte - eingehender im Gesetz regeln.

Sarstedt bemängelt die Besetzung der Großen Senate ⁷⁾. Er hält einen Fünfersenat - gegenüber dem jetzt vorhandenen Neuner- bis Elfersenat - für wesentlich besser zur Beratung und Entscheidung geeignet, da er leichter zu lenken sei, die Meinungen der einzelnen Mitglieder besser zur Geltung kämen und eine Diskussion fruchtbarer wäre.

Dieser Vorschlag ist einer Prüfung wert. Am besten könnte darüber der BGH selbst befinden, von dem daher ein Gutachten zu erhalten wäre. Wesentlich ist nur, daß jeder Senat im Großen Senat vertreten ist und dem Präsidenten des BGH Sitz und Stimme gewährt wird. Da zur Zeit 5 Strafsenate beim BGH vorhanden sind, wäre ein Großer Strafsenat mit sechs Mitgliedern möglich.- Schwierigkeiten ergäben sich allerdings für eine derartige Umgestaltung des Großen Zivilsenats, da zur Zeit neun Zivilsenate bestehen.

Wünschenswert wäre auch ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung, die unter Verletzung der V.pflicht ergangen ist. Besonders nötig wäre das bei Entscheidungen, die unbewußt abweichen, weil

7) Sarstedt, Revision S.42 ff.

das abweichende Urteil erst kurz davor ergangen ist oder weil das Gericht die Vor-Entscheidung übersehen hat. Aber auch um nötigenfalls zu verhindern, daß sich Gerichte bewußt der V.pflicht entziehen, wäre ein Rechtsmittel angebracht.

Am sinnvollsten wäre es, eine Abweichungsbeschwerde einzurichten, die nur dem Staatsanwalt(oder auch dem Angeklagten) innerhalb einer gewissen Frist nach Erlaß des Urteils - etwa 6 Monate - zusteht. Die Beschwerde müßte unter Darlegung der Divergenz an den Spruchkörper gehen, der zur Entscheidung über eine Vorlegung während des Verfahrens zuständig gewesen wäre. Dieser Spruchkörper hätte gleichsam das V.verfahren nachzuholen und die Divergenz zu beseitigen. Ergibt seine Entscheidung, daß danach die ohne Vorlegung erlassene Entscheidung hätte anders ergehen müssen, wenn vorgelegt worden wäre, so ist das als Grund für eine Wiederaufnahme anzusehen. Andernfalls hat die Entscheidung über die Abweichungsbeschwerde lediglich die Beseitigung der Divergenz zur Folge ⁸⁾.

Diese Abweichungsbeschwerde müßte gegen BGH- und OLG-Entscheidungen gegeben sein. Für die Entscheidungen der OLGs wäre sie allerdings erst dann sinnvoll, wenn eine systematische Publikation der OLG-Entscheidungen gesichert wäre.

3. Vorlegungspflicht und Strafrechtsreform

Die für die nächsten Jahre geplante Strafrechtsreform wirft die Frage auf, ob die Rechtsprechung nach Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches an die Entscheidungen zum alten Recht gebunden sein soll.

Auf dem 36. Deutschen Juristentag in Lübeck im Jahre 1931 stand dieses Problem wegen der bereits damals geplanten Strafrechtsreform auch schon zur Debatte. Damals waren sich die meisten Beteiligten über die Notwendigkeit einig, das Reichsgericht von der Bindung an seine zum alten StGB erlassenen Entschei-

8) Darin wäre sie dem französischen Recours dans l'intérêt de la loi vergleichbar, der eine vom Staatsanwalt eingelegte Kassation im Interesse der Rechtseinheit und ohne Wirkung für die Parteien darstellt.

dungen zu befreien. Vom Standpunkt des RG, daß ein Abweichen nur bei Identität der Rechtsquellen gegeben sei, war die Ungebundenheit ohnehin klar. Die Vertreter der materiellen Auffassung gaben zu bedenken, daß auch in dieser umfassenden Kodifikation vieles gleich wie im alten StGB geregelt sei und deshalb die Entscheidungen des RG im weiten Umfang bindend bleiben würden ⁹⁾. Da das RG aber durch die vielen Zweifelsfragen des neuen Rechts ohnedies stark beansprucht sein würde, wollte man ihm zeit- und kräfte-raubende Überlegungen darüber, ob es an eine Entscheidung gebunden sei, ersparen. Auch fand man, die Einführung des neuen StGB biete für das RG eine günstige Gelegenheit, tabula rasa zu machen und sich von alten überlebten Anschauungen zu befreien, die es in manchen Fragen in eine unerfreuliche Isolation gebracht hatten. Ungebunden und unbefangen sollte das RG dem neuen StGB gegenüber treten. Um jeden Zweifel auszuschließen, sollte der Gesetzgeber eine Bestimmung im Einführungsgesetz treffen, durch die die Bindung aufgehoben würde.

Für die jetzt bevorstehende Strafrechtsreform hat man das Problem der Bindung bisher noch nicht erörtert. Es kann aber auch nur im Sinne einer Befreiung des BGH und der OLG vom Vorlegungszwang bei Entscheidungen zum alten Recht gelöst werden. Nach der vom BGH vertretenen Auffassung bezüglich des Abweichens würden sonst vielfache Zweifel über die Gleichheit der Fragen auftauchen. Die ganze Kraft der Gerichte sollte aber der Bewältigung der neuen Fragen gewidmet werden. Deshalb ist dem Gesetzgeber zu empfehlen, die Bindung durch eine gesetzliche Bestimmung aufzuheben, die etwa lauten muß:

"Die strafprozessualen Vorlegungsvorschriften sind nicht anzuwenden, wenn ein Oberlandesgericht oder ein Senat des Bundesgerichtshofs von einer Entscheidung abweichen will, die auf einem durch das neue Strafgesetzbuch geregelten Gebiet vor Inkrafttreten des neuen Rechts ergangen ist."

9) Vgl. Lobe, Gutachten S.9, zu Dohna Verhandlungen des 36.Dt. Juristentags Bd.II S.201 (anders allerdings noch in RG-Praxis S.42)

Die Aufhebung der Bindung bedeutet aber nicht, daß damit die bisherige Arbeit der Revisionsgerichte für die fernere Rechtsentwicklung bedeutungslos geworden sei. Wesentliche Erkenntnisse der Rechtsprechung haben Eingang in den Entwurf des neuen StGB gefunden. Im übrigen bleibt den Gerichten ein Rückgriff auf die alten Entscheidungen unbenommen. Auch heute lebt die Rechtsprechung des RG in den BGH-Entscheidungen vielfach weiter, obwohl keine Bindung besteht. Den Gerichten ist naturgemäß ein stark konservativer Zug zu eigen, schon allein aus ökonomischen Gründen, denn sie haben gar nicht die Zeit zur Verfügung, stets schöpferisch zu sein. Auch läßt sich in der Auseinandersetzung mit anderen Lösungen besser eine Klärung des eigenen Standpunkts erzielen. Was Llewellyn über die amerikanische Rechtsprechung sagt, gilt wohl allgemein: "Der Richter will mit seiner Arbeitskraft haushalten; es fällt jedem schwer, schwierige Streitfälle zu entscheiden; es ist viel leichter, sich an einen schon erlassenen Spruch anzulehnen."¹⁰⁾ Deshalb braucht man für die Rechtskontinuität bei Aufhebung der Bindung nicht zu fürchten.

10) Llewellyn S. 5.

Lebenslauf

Ich wurde am 3.11.1931 in Lipine/Kreis Kattowitz (Oberschlesien) als zweiter Sohn des Industriekaufmanns Max Marondel und seiner Frau Maria, geb. Wieczorek geboren. Mit sieben Jahren trat ich im September 1938 in die deutsche Privatschule in Königshütte ein und besuchte nach der Eingliederung Oberschlesiens in das Deutsche Reich die Volksschule in Lipine bis zur vierten Klasse. Danach trat ich in die Oberrealschule in Königshütte ein.

Der russische Einmarsch im Jahre 1945 veranlaßte meine Familie zur Flucht nach dem Westen. Wir nahmen unseren Wohnsitz in München. Hier beendete ich meine Schulzeit vorzeitig mit dem Besuch der achten Volksschulklasse, da mein Vater nach Rußland verschleppt worden war und die wirtschaftliche Existenz unserer Familie dadurch völlig in Frage stand. Als mein Vater im Jahre 1947 aus Sibirien heimkehrte, konnte ich den Schulbesuch fortsetzen. Doch war ich inzwischen für die 3. Klasse der Oberrealschule zu alt geworden. Es blieb mir nur noch die Möglichkeit, meine Schulbildung in der Lehrerbildungsanstalt in München-Pasing zu vervollständigen. Im Juli 1951 legte ich die wissenschaftliche Prüfung dieser Anstalt ab und trat im September des gleichen Jahres in einen dreisemestrigen pädagogischen Lehrgang an derselben Anstalt ein, der im März 1953 mit der I. Lehramtsprüfung für Volksschullehrer abschloß. Während des Lehrgangs holte ich auf Grund von Privatstudien das Abitur im Juli 1952 an der Oberrealschule München-Pasing nach. Von April bis November 1953 war ich als Lehramtsanwärter im Schuldienst tätig.

Im Wintersemester 1953/54 begann ich ein ordentliches Hochschulstudium. Zunächst studierte ich vier Semester Philologie in München und Göttingen. Danach begann ich Rechtswissenschaft zu studieren und legte nach acht Semestern im Herbst 1959 in München das Referendarexamen ab. Zur Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst der Rechtsreferendare.

